

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES DROITS
DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE
EN CAS DE VENTE
DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le 24 Février 1911, à 1 heure 1/2

PAR

André BOUSSARD

Président : M. CAPITANT.

Suffragants : { MM. MAY,
TISSIER, } professeurs.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1944

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

DES DROITS
DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE
EN CAS DE VENTE
DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le 24 Février 1911, à 1 heure 1/2

PAR

André BOUSSARD

Président : M. CAPITANT.

Suffragants : { MM. MAY,
TISSIER. } professeurs.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1911



INTRODUCTION

Les créanciers hypothécaires, déjà pourvus à l'encontre des créanciers chirographaires d'un droit de préférence qui leur permet de se faire payer sur le prix de l'immeuble affecté à leur hypothèque avant que ces derniers soient désintéressés, se voient en outre conférer par la loi un droit des plus importants grâce auquel ils vont pouvoir, en cas d'aliénation par leur débiteur de l'immeuble grevé, suivre leur gage entre les mains du tiers qui l'aura acquis. Autrement dit, à raison de leur situation spéciale, ils vont pouvoir obtenir la réalisation de ce gage par une saisie pratiquée sur le tiers détenteur et suivie d'une vente qui les mettra dans la même situation que si l'immeuble n'était pas sorti du patrimoine de leur débiteur.

Cette faculté accordée au créancier hypothécaire, et qui est, en quelque sorte, comme un prolongement de son droit à travers les différentes personnalités ou se rencontre la qualité de détenteur du bien hypothéqué, porte le nom de *droit de suite*.

Ce dernier complète, comme on le voit, la physiologie particulière de la créance hypothécaire, physiologie dont le droit de préférence est un autre trait caractéristique. Tandis, en effet, que ce droit assure à son titulaire une collocation sur le prix de l'immeuble grevé, le droit de suite le met simplement à l'abri des dangers qu'il courrait si, pour anéantir les pouvoirs qu'il tient de la loi et de la convention, il suffisait au débiteur d'aliéner l'immeuble grevé. Dans ce cas en effet, le débiteur, n'offrant plus à son créancier d'autre surface que celle de l'action paulienne, rendrait le plus souvent illusoire la garantie que celui-ci aurait cru trouver dans son hypothèque. Rien à craindre de semblable avec le droit de suite dont on aperçoit immédiatement l'incontestable utilité. Que le débiteur aliène ou non son immeuble grevé d'hypothèque, le résultat sera le même pour le créancier ; la seule différence résidera dans ce fait que si l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine du débiteur, c'est sur ce dernier que sera pratiquée la poursuite, tandis que s'il a été aliéné entre les mains d'un tiers, c'est celui-ci qui, en sa qualité de détenteur, se trouvera inquiété et obligé d'agir pour libérer l'immeuble.

On voit donc, par ces quelques considérations, que des deux droits attachés à l'hypothèque, droit de préférence et droit de suite, le premier s'exercera toujours, tandis que le second, simple auxiliaire du

droit de préférence, n'aura lieu de se manifester que dans le cas où l'immeuble grevé sera sorti du patrimoine du débiteur et entré dans celui d'un tiers détenteur.

Au surplus, peu importe la nature du titre en vertu duquel celui-ci aura eu la chose en sa possession ; que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, par donation ou par legs, par vente ou par échange, le droit du créancier ne se trouvera jamais atteint ni modifié, et ce dernier pourra toujours poursuivre le donateur, l'acquéreur, le légataire du bien grevé, tenu hypothécairement à raison même de sa détention, par opposition avec le détenteur primitif qui lui, se trouve tenu personnellement à raison de son obligation.

Mais notre étude ne doit pas être aussi vaste et nous lui avons assigné pour limite le cas d'un tiers détenteur étant entré par suite de vente en possession de l'immeuble hypothéqué. Quels sont exactement, en présence de cette hypothèse, les droits du créancier hypothécaire ? Telle est la question à laquelle nous nous proposons de répondre, en laissant par conséquent de côté tout ce qui peut concerner les tiers détenteurs ayant acquis l'immeuble en vertu d'un titre autre que celui d'une vente. Ainsi réduite, l'étude que nous abordons ici présente encore suffisamment de surface et laisse percer assez d'intéressantes questions pour n'être ni stérile, ni vaine

et offrir au point de vue théorique comme sur le terrain pratique un très vif intérêt.

Ses divisions sont très simples et s'imposent d'elles-mêmes.

Le droit de suite ayant été défini ainsi que nous l'avons fait, nous aurons successivement à envisager les conditions auxquelles il est subordonné, son mode d'exercice et les différentes hypothèses auxquelles celui-ci donne lieu, selon que le tiers détenteur prend tel ou tel des partis qui lui sont offerts.

D'où les grandes divisions suivantes avec les subdivisions que nous indiquons pour chacune d'elles.

Première partie. — Conditions d'exercice du droit de suite :

- a)* Conditions concernant le créancier ;
- b)* Conditions concernant la créance ;
- c)* Conditions concernant l'acte (vente) ;
- d)* Conditions concernant le tiers détenteur.

Deuxième partie. — Mode d'exercice du droit de suite :

- a)* Vis-à-vis du débiteur : le commandement ;
- b)* Vis-à-vis du tiers détenteur : la sommation.

Troisième partie. — Moyens de défense appartenant au tiers détenteur :

- a)* L'exception de garantie ;

- b)* L'exception de discussion ;
- c)* L'exception à raison d'impenses ou droit de rétention.

Quatrième partie. — Droits du créancier en présence de chacune des solutions choisies par le tiers détenteur :

- a)* Hypothèse du paiement ;
- b)* Hypothèse du délaissement ;
- c)* Hypothèse de la purge ;
- d)* Hypothèse de la saisie.

PREMIÈRE PARTIE

CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE

CHAPITRE I

DES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE RELATIVES AU CRÉANCIER.

Aux termes de l'article 2169 du Code civil, « Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations (payer, purger ou délaisser), chaque créancier hypothécaire a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur... »

D'un autre côté, l'article 2166 du même Code porte que « les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un immeuble le suivent, en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ».

Le premier de ces textes nous apprend que tout créancier hypothécaire peut faire saisir l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur ; mais le second y ajoute comme condition essentielle la publicité de l'hypothèque résultant, comme on sait, de l'inscription.

On peut donc entendre l'article 2169 comme se référant à la nature du droit hypothécaire donnant ouverture au droit de suite, et l'article 2166 comme ayant trait à une condition de forme qu'il doit nécessairement remplir pour pouvoir s'exercer.

Nous examinerons, dans cet ordre logique, les conditions auxquelles doit satisfaire le créancier pour être à même d'agir utilement contre un tiers détenteur, — dans notre hypothèse, un acquéreur, — et nous verrons s'il n'y a pas des créanciers pour lesquels l'application de l'article 2169 ait pu faire quelque doute; puis, nous envisagerons la formalité requise par l'article 2166 pour que le créancier puisse, selon ses propres termes, suivre l'immeuble hypothéqué, en quelques mains qu'il passe.

Quels créanciers possèdent le droit de suite.

L'article 2169, en disant : « Chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué », se sépare nettement du droit romain qui, lui, ne plaçait pas tous les créanciers hypothécaires sur un pied d'égalité quant au droit de poursuite, mais réservait seulement au plus ancien d'entre eux la plénitude du droit hypothécaire et le droit de vendre le bien grevé. En présence de cette situation

privilégiée, les autres créanciers inférieurs par leur rang, et par conséquent inférieurs dans leurs droits, n'avaient d'autre moyen d'arriver à un semblable résultat que de désintéresser le premier créancier qui les primait tous, et de prendre ainsi sa place avec ses droits. Cette faculté qu'avait ainsi chacun d'entre eux de se substituer à lui en lui offrant ce qui lui était dû, portait dans le système romain le nom de « *jus offerendæ pecuniæ* ».

Le droit français n'a pas conservé une semblable pratique et a, au contraire, accordé à tous les créanciers hypothécaires un droit égal à la poursuite contre les tiers détenteurs et à la saisie de l'immeuble entre leurs mains. De sorte qu'avec notre loi, à l'inverse de ce qui se passait à Rome, le dernier créancier en rang, quoique n'ayant aucune chance d'être payé, peut très bien poursuivre le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué, l'évincer et faire vendre le bien.

Mais si tel est le droit des créanciers hypothécaires, que faut-il entendre justement par cette dernière expression et quels créanciers exactement doit-on ranger sous ce vocable ?

Il semblerait que la question ne dût faire aucun doute, puisque l'article 2169 porte : « Chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué », et que l'article 2166, de son côté, stipule que « les créanciers ayant *privilège ou*

hypothèque inscrite sur un immeuble le suivent, en quelques mains qu'il passe ».

Créanciers purement hypothécaires ou créanciers munis d'un privilège sembleraient donc, aux termes de ces deux textes, être indistinctement investis du droit de suite. Cependant certaines difficultés se sont élevées autour de quelques créances privilégiées, et suivant le parti que l'on prend sur la question, l'importante faculté de suivre l'immeuble grevé entre les mains du tiers détenteur est ou non accordée au propriétaire de ces créances. Ce sont ces points litigieux qu'il convient dès à présent que nous abordions, en éliminant tout d'abord de la discussion les créanciers pourvus d'un privilège immobilier spécial, comme le vendeur et le co-partageant, pour lesquels la solution ne laisse guère place à l'incertitude. Ces derniers, en effet, n'ont pas autre chose qu'une véritable hypothèque jouissant seulement d'un classement de faveur ; et, au surplus, l'article 2166, en mentionnant le privilège à côté de l'hypothèque, permettrait de ranger sans difficulté cette classe de créanciers dans la même catégorie que les créanciers simplement hypothécaires. Mais si la situation des créanciers pourvus d'un privilège immobilier spécial ne donne pas lieu à plus de difficultés, il n'en va pas de même de celle des créanciers nantis d'un privilège général. Ont-ils le droit de suite ? Oui, si l'on reconnaît à cette sorte de privilège le caractère de véritables droits réels ;

non, si au contraire, on leur refuse cette qualité.

Suivant certains auteurs, comme Thézard et Planiol, la négative s'impose comme réponse à la question que nous venons de poser (1). A l'appui de cette manière de voir, ils font remarquer que dans l'ancien droit, le droit de suite n'existait pas pour les privilèges généraux, et que, dans le silence du Code, on doit présumer que la tradition a été maintenue.

Outre cet argument d'ordre purement historique, ils font valoir que si la loi leur donne bien le nom de privilège dans les articles 2104 et 2101 du Code civil, il ne faut pas attacher à ce mot un autre sens que celui de la langue du XVIII^e siècle qui s'appliquait à toutes les causes de préférence, et qu'enfin, s'il y a lieu de reconnaître aux privilèges spéciaux immobiliers ainsi qu'à celui du créancier gagiste le caractère de véritables droits réels, il faut au contraire écarter une telle solution pour tous les autres créanciers privilégiés : pour eux, en effet, rien de semblable à la situation du créancier hypothécaire dont le droit tend à faire délaisser la chose, mais un simple droit de priorité entre créanciers, par conséquent pas de lien de droit entre le créancier et la chose, c'est-à-dire pas de droit réel. Le droit de suite étant pour le créancier hypothécaire une conséquence de la réalité

(1) Thézard. *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, n^o 387. — Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n^o 3166.

de son droit, il s'ensuit qu'on ne saurait l'accorder dans le cas où il s'agit de privilèges qui, comme les privilèges généraux, n'ont pas précisément le caractère de droits réels.

L'opinion générale est en sens contraire et nous paraît d'ailleurs préférable. Parmi les auteurs qui la professent, Baudry-Lacantinerie (1) fait très justement remarquer qu'aux termes de l'article 2104, les privilèges énoncés dans l'article 2101 s'étendent sur les immeubles : donc, à ce point de vue, ils sont des privilèges immobiliers, et, comme tels, ils doivent produire tous les effets de ces derniers, c'est-à-dire en définitive donner ouverture au droit de suite.

D'ailleurs, l'article 2105 suppose que les créanciers pourvus d'un privilège général se trouvent en concours avec des créanciers privilégiés sur certains immeubles, et il règle entre eux l'ordre de préférence. La loi ne distinguant pas et ces derniers étant investis du droit de suite, il y a tout naturellement lieu de conclure que les premiers le possèdent aussi.

Une difficulté du même genre a été provoquée par la séparation des patrimoines. Faut-il ne voir dans ce privilège qu'un privilège dans le sens que l'on donnait jadis à ce mot, c'est-à-dire un simple droit de préférence, un tour de faveur au profit de son titu-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. III, n° 2085.

laire à l'encontre des autres créanciers, ou bien, au contraire, est-il devenu une véritable hypothèque, douée comme telle du droit de suite ?

La majorité des auteurs est unanime à ne voir dans la séparation des patrimoines qu'un simple bénéfice accordant sans doute un droit de préférence, mais ne donnant jamais ouverture au droit de suite. Elle s'appuie pour soutenir cette opinion principalement sur l'ancien droit, où la séparation des patrimoines n'était jamais accompagnée du droit de suite, et auquel le Code n'aurait rien modifié si l'on s'en rapporte aux travaux préparatoires. Au surplus, l'article 880 du Code civil contiendrait une formule excluant catégoriquement le droit de suite. Ne dit-il pas, en effet, que la séparation peut être demandée relativement aux immeubles, « tant qu'ils existent dans la main de l'héritier » ? Ce dernier argument, malgré les efforts qui ont été faits pour l'écarter, ou tout au moins en atténuer la portée, semble bien décisif en la matière.

On a cependant soutenu — et c'est le système auquel s'est ralliée la jurisprudence — que la séparation des patrimoines constituait un véritable privilège emportant le droit de suite (1). Pour cela, on a dit que si les articles 878 et 881 du

(1) En ce sens : Demolombe, t. V, nos 208 et 209. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 872.

Code civil avaient bien reproduit la tradition, celle-ci s'était cependant trouvée abandonnée dans l'article 2111 qui oblige les créanciers et légataires demandant la séparation à prendre inscription pour conserver leur privilège. C'est la loi elle-même qui qualifie ici la séparation des patrimoines de « privilège », et cela est d'autant plus important qu'elle le fait dans le titre même qu'elle consacre aux privilèges. Au surplus, l'article 2113 ne décide-t-il pas que les créanciers privilégiés qui n'ont pas conservé leur privilège par l'inscription « ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires » ? Cette disposition s'appliquant normalement aux créanciers et légataires de l'article 2111 comme à tous les autres créanciers privilégiés obligés de s'inscrire dans un certain délai, il s'ensuit que leur bénéfice inscrit dans les délais de la loi constitue bien, par argument *a contrario*, une véritable hypothèque privilégiée. Quant à l'article 880, dont nous avons constaté plus haut l'importance dans la thèse adverse, on s'efforce d'en amoindrir la portée en disant que, dans les articles 878 et suivants, le législateur n'était pas encore complètement fixé sur la nature de l'avantage qu'il accorderait aux créanciers et légataires, — d'où la disposition de l'article 880, — mais que l'article 2111, en érigeant la séparation des patrimoines en privilège, aurait dérogé à ce dernier texte, afin de ne pas accorder aux créanciers héréditaires un droit qui

serait illusoire si une aliénation pouvait le détruire.

Cette contradiction entre les articles 878 et suivants et l'article 2111 n'est nullement prouvée. Il y a, au contraire, toute facilité de concilier les deux dispositions, en n'attribuant pas au mot « privilège » dans l'article 2111 un sens plus étendu que celui qui résulte des articles 878 et suivants, interprétation d'autant plus logique d'ailleurs, que l'art. 2111 se trouve placé dans la section où le Code ne traite des privilèges qu'au point de vue du droit de préférence.

Quant à l'article 2113, on ne doit l'appliquer à la séparation des patrimoines que dans la mesure où il lui est applicable. Quel est son but ? D'indiquer que le privilège inscrit tardivement n'est pas nécessairement perdu pour cela, mais peut encore valoir à la date où il sera inscrit. Or, cela est vrai du privilège de la séparation des patrimoines en tant que simple droit de préférence.

Telles sont, brièvement résumées, les différentes argumentations à l'aide desquelles on range la séparation des patrimoines, soit parmi les véritables privilèges et douée comme telle du droit de suite, soit parmi les simples droits de préférence ne mettant pas le titulaire du bénéfice à l'abri d'une aliénation.

La plus grande partie de la doctrine, nous l'avons dit, partage cette dernière manière de voir, comme

plus conforme aux principes et à la tradition (1). Les tribunaux, au contraire, ont plusieurs fois jugé que les créanciers héréditaires qui ont pris l'inscription de séparation des patrimoines dans les six mois du décès du de cujus, ont un droit de suite et de surenchère sur les immeubles de la succession aliénés par l'héritier depuis l'inscription prise (Orléans, 22 août 1840. — Req. 27 juillet 1870, D. 71, 1, 352. — Pau, 10 janvier 1887, D. 87, 2, 173. — Aix, 4 décembre 1893, D. 95, 2, 273). On trouve cependant quelques décisions qui semblent avoir tenu compte des protestations de la doctrine (Tribunal civil d'Aix, 18 mars 1873. — Req. Dalloz, suppl. V^o *Succ.* n^o 964. — Tribunal civil de la Seine, 21 janvier 1887. — *Gazette du Palais*, 87, 1, 35).

Le projet de loi sur la réforme du régime de la publicité foncière déposé au Sénat le 27 octobre 1896 par M. Darlan, faisait de la séparation des patrimoines un véritable privilège immobilier emportant le droit de suite. Ce projet, qui a fait l'objet de deux rapports, l'un de M. Thézard présenté le 29 mars 1904, l'autre de M. Théodore Girard, présenté le 13 juin 1907, a été, sur le point qui nous intéresse, adopté par le Sénat.

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 619, p. 501, texte et note 67. — Thézard. *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, n^o 329. — Pont. Explication des titres XVIII et XIX, liv. III, du *Code Napoléon*, t. I, n^o 299.

Quelle formalité doivent accomplir les créanciers hypothécaires pour pouvoir exercer le droit de suite.

Il ne suffit pas, nous l'avons dit, pour pouvoir exercer utilement le droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs, d'être, aux termes de l'article 2169 et dans les limites que nous avons précisées au chapitre précédent, un créancier hypothécaire. Il faut encore avoir satisfait à une condition exigée par l'article 2166 et qui consiste dans la publicité de l'hypothèque ou du privilège. Nous disons : ou du privilège, car malgré les apparences du texte en question, il ne saurait être douteux que la formalité de l'inscription concernât aussi bien le privilège que l'hypothèque. Au surplus, c'est là une très mince matière à discussion, et il suffit de peu de mots pour réfuter l'argumentation qui aurait pour but d'écarter les privilèges de la condition de publicité nécessaire au droit de suite. Sur quoi s'appuierait-elle ? Uniquement sur la façon dont est rédigée la phrase de l'article 2166.

« Les créanciers ayant privilège ou hypothèque *inscrite* sur un immeuble... » dit ce texte ; donc, pas d'inscription pour le privilège, puisque dans cette formule, le genre du qualificatif ne se réfère qu'à l'hypothèque.

Mais ce n'est là qu'un accident grammatical. En effet, le Code soumet à la publicité le droit de préférence, aussi bien lorsque ce droit résulte d'un privilège que lorsqu'il est la conséquence d'une hypothèque : les articles 2106 et 2134 sont péremptoires à ce sujet. Il n'y a donc pas de motif pour que la même règle ne soit pas appliquée au droit de suite.

D'ailleurs si un léger doute avait pu s'élever sur la matière, l'alinéa 1 de l'article 6 de la loi de 1855 suffirait complètement à le dissiper :

« A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire... »

Voilà qui lève toute incertitude, puisque ce texte comprend dans sa disposition et les créanciers privilégiés et les créanciers hypothécaires.

Ajoutons que la législation belge a prévenu l'hésitation dont nous venons de parler en substituant, dans la loi du 16 décembre 1851, aux termes de notre article 2166, la formule suivante, plus exacte au point de vue grammatical : « privilège ou hypothèque *inscrits* ».

Donc, créanciers privilégiés comme créanciers hypothécaires à proprement parler, sont soumis, pour l'exercice utile de leur droit de suite, à la formalité de l'inscription.

Mais dans quelle mesure le principe s'applique-t-il aux privilèges immobiliers ? L'article 2166, en mentionnant les privilèges comme soumis à la condition générale d'une inscription, ne laisse pas entrevoir, à la différence de l'article 2106 relativement à l'exercice du droit de préférence, qu'il peut y avoir à cette règle des exceptions. Nous en concluons que, en ce qui concerne d'abord les privilèges généraux de l'article 2101, comme ceux qui ont été créés par des lois spéciales postérieurement au Code, il n'y a aucune raison pour les dispenser de la formalité de l'inscription si les créanciers qui en sont munis désirent exercer leur droit de suite contre un tiers acquéreur, tandis que s'il ne s'agit pour eux que de faire valoir leur droit de préférence, l'article 2107 les exempte de cette formalité. Les deux textes ont ici chacun leur système d'application bien déterminé. S'agit-il du droit de suite ? C'est l'article 2166 qu'il faut suivre avec l'obligation de prendre inscription. N'est-il question au contraire que du droit de préférence ? L'article 2107 s'appliquera tout naturellement avec la dispense qu'il contient.

Mais si, comme nous venons de le voir, la rédaction de l'article 2166 ne laisse point de place à des exceptions possibles concernant la formalité de l'inscription en matière de droit de suite, il y a lieu cependant de décider que les deux hypothèques légales des femmes mariées et des personnes en tutelle sont

dispensées de publicité, aussi bien pour le droit de suite contre les tiers acquéreurs que pour le droit de préférence contre les autres créanciers. Sans doute, cela ne résulte-t-il d'aucun texte formel ; car l'article 2135, en décidant que ces hypothèques existent « indépendamment de toute inscription », se réfère uniquement au droit de préférence, et les articles 2166-2179 relatifs au droit de suite ne répètent nulle part une semblable dispense. Mais l'ensemble des dispositions de la loi ne laisse aucun doute sur son existence ; et en particulier, la procédure spéciale établie par les articles 2193 et suivants pour permettre aux acquéreurs de purger leurs immeubles des hypothèques occultes qui les grèvent, suppose bien que la formalité de l'inscription n'est pas requise, relativement au droit de suite, pour l'hypothèque légale des femmes mariées et des personnes en tutelle. Une seule condition sera exigée de la femme mariée qui voudra exercer son droit de suite sur un immeuble aliéné par son mari : elle devra prouver que ledit immeuble figurait encore dans le patrimoine du mari à un moment où elle avait déjà une créance garantie par l'hypothèque légale.

On a cependant prétendu, dans un système soutenu entr'autres par Troplong (1), que, si l'hypothèque légale dont il s'agit était bien dispensée d'ins-

(1) Troplong. *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 778 bis.

cription tant qu'il n'y avait pas de poursuites contre le tiers détenteur, il n'en était plus de même lorsque ces poursuites venaient à s'exercer. A l'appui de cette opinion, on invoque ce qui se passe en cas de purge des hypothèques non inscrites, où l'inscription prise dans le délai de la loi prévient seule la déchéance du droit de suite.

Il ne nous semble pas possible de souscrire à ce raisonnement ; la procédure de purge est une procédure toute spéciale qui tend à un but bien déterminé : l'affranchissement de l'immeuble. On ne peut donc raisonnablement déduire de ces règles particulières un argument en faveur de ce qui doit être le droit commun. La jurisprudence est d'ailleurs dans le sens que nous indiquons (Orléans, 16 mars 1839. — Agen, 25 mars 1857, S. 57, 2, 432. — Toulouse, 12 juin 1860, S. 60, 2, 546). Quelques décisions ont néanmoins suivi le système de Troplong (Bourges, 23 mars 1841. — Nancy, 28 juillet 1853, S. 53, 2, 574).

Quant à l'hypothèque légale des légataires (article 1017 du Code civil), de l'État, des communes et des établissements publics (articles 2121-3^o du Code civil), il n'y a pas lieu de les soustraire à la règle de l'inscription — bien qu'elles paraissent comprises dans l'exception, — le législateur n'ayant certainement eu en vue que l'hypothèque légale des femmes mariées et des personnes en tutelle.

Naturellement, si l'inscription est devenue obligatoire par la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, et si cette inscription n'a pas été prise dans le délai fixé par la loi de 1855, il y a déchéance du droit de préférence et du droit de suite (Cass., 11 mars 1901, S, 02, 1, 409. — Poitiers, 31 juillet 1893, D. 95, 2, 41 et la note de M. de Loynes).

Ayant ainsi déterminé quels créanciers sont obligés de prendre inscription pour pouvoir exercer utilement le droit de suite contre un tiers acquéreur, envisageons maintenant le point de savoir jusqu'à quel moment il leur est loisible de remplir cette formalité indispensable.

Sur ce point, notre législation a subi des fluctuations dont il est nécessaire de retracer rapidement les grandes lignes.

La loi du 11 brumaire an VII avait tout d'abord décidé que l'inscription restait possible, en dépit d'une aliénation, tant que celle-ci n'avait pas été transcrite. C'est en somme le système auquel on devait revenir plus tard avec la loi de 1855.

La législation du Code civil vient ensuite changer ce système. Elle établit la transmission de la propriété, même à l'égard des tiers, par le simple consentement, et met ceux-ci à l'abri du droit de suite dès que le contrat a acquis date certaine : système dangereux puisque l'aliénation, quoique clandestine, arrêta le cours des inscriptions. Cette considération

eut suffi, à elle seule, à démontrer la nécessité d'une réforme ; ce n'est pourtant pas elle qui fut le point de départ d'un changement dont le besoin se faisait impérieusement sentir. Ce fut une pure raison fiscale qui vint tout remettre en question. Comme la transcription n'était plus nécessaire, les vendeurs évitèrent avec soin cette formalité, qui donnait lieu pour le Trésor à la perception d'un droit de 1.50 0/0. L'administration des finances s'émut de cette abstention dont il résultait pour elle une perte importante, et réclama un changement de législation. Ce fut l'œuvre du Code de procédure, dans ses articles 834 et 835 qui autorisèrent les créanciers du précédent propriétaire à s'inscrire encore, tant que la transcription n'aurait pas été faite, et même pendant un délai de quinze jours après la transcription. De la sorte, les acheteurs avaient tout intérêt à transcrire, et le fisc avait des chances de ne plus voir les ventes s'opérer clandestinement, sans qu'il lui fût possible de percevoir son droit. La loi de finances du 28 avril 1816 vient édicter dans son article 52 que « la formalité de la transcription au bureau de la conservation des hypothèques ne donnerait plus lieu à aucun droit proportionnel ».

Enfin, la loi du 23 mars 1855 sur la transcription est venue purement et simplement remettre en vigueur le système de la loi de Brumaire. C'est la transcription de l'acte de vente qui arrête le

cours des inscriptions. Par conséquent, le délai de quinzaine accordé par le Code de procédure disparaît, et du jour où l'aliénation est transcrite, les créanciers hypothécaires ou privilégiés perdent tout droit de s'inscrire et d'exercer des poursuites contre les tiers acquéreurs. (Douai, 4 avril 1895, D. 97, 2, 57, et sous cet arrêt, la note de M. de Loynes).

Telle est la règle. Mais elle comporte deux très notables exceptions : l'une établie en faveur du créancier *vendeur d'immeuble*, l'autre concernant le *co-partageant*. C'est l'objet de l'alinéa 2 de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 ainsi conçu :

« Néanmoins le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les privilèges à eux conférés par les articles 2108 et 2109 du Code Napoléon dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai. Les articles 834 et 835 du Code de procédure civile sont abrogés. »

Relativement au vendeur, on sait que la loi ne lui impose pas l'obligation d'accomplir dans un délai déterminé les formalités qui doivent protéger ses droits, tant que l'immeuble reste la propriété de l'acheteur. (Cass., 1^{er} avril 1904. — *Gazette des Tribunaux*, 05, 1^{er} sem., 1, 44. — Cass., 1^{er} août 1904, S. 07, 1, 73 et la note de M. E. Naquet sous cet arrêt. — Cf. Montpellier, 19 janvier 1905, *Moni-*

teur du Midi, 12 février 1905. — Cass., 22 février 1909, *Gazette du Palais*, 25 février 1909.) Il n'y a donc pas lieu d'appliquer à cette hypothèse l'article 6 de la loi de 1855, dont le but a été de protéger le vendeur contre les fraudes dont il pourrait être victime, et qui, au contraire, si on l'étendait au cas que nous venons d'indiquer, aurait pour effet de se retourner contre lui. Mais c'est lorsque, au contraire, il y a eu revente de l'immeuble, que le second alinéa de l'article 6 de la loi de 1855 apporte une dérogation au principe posé dans le premier, principe selon lequel la transcription purge toutes les hypothèques et tous les privilèges non inscrits au moment où elle a lieu. Par exception alors, le vendeur primitif a la faculté de conserver son privilège en s'inscrivant dans les quarante-cinq jours qui suivent la vente. Il se trouve ainsi mis à l'abri d'une aliénation brusque consentie par le débiteur, et qui aurait eu pour effet, en faisant passer la propriété aux mains d'un tiers, de lui faire perdre son privilège. Néanmoins, il y a lieu de remarquer dès à présent que le vendeur trouvera rarement quelque utilité au bénéfice offert par l'article 6 de la loi de 1855. En effet, il n'a pas besoin d'inscrire son privilège pour le conserver, comme l'ont supposé les rédacteurs de la loi ; c'est l'acheteur qui, ayant tout intérêt à transcrire afin que l'immeuble ne reste pas dans le patrimoine du vendeur et, comme tel, exposé à une revente ou à une

constitution d'hypothèque, conserve, par l'acte même de transcription, le privilège de ce dernier. Sans doute l'article 6 ne parle-t-il que d'une inscription effectuée par le vendeur ; mais il n'a aucunement abrogé l'article 2108 du Code civil, aux termes duquel la transcription vaut inscription pour le vendeur : d'où la conséquence pratique que nous avons vue.

De la règle posée par l'article 6 de la loi de 1855, il résulte tout naturellement, et sauf l'effet de la transcription que nous venons d'indiquer, qu'un vendeur d'immeuble doit, pour être à l'abri d'une sous-aliénation, faire inscrire son privilège dans les quarante-cinq jours qui suivent l'acte de vente ; et que, d'autre part, un acheteur d'immeuble ne doit pas, prudemment, payer son prix avant d'avoir fait transcrire son titre et s'être assuré qu'il n'existe à ce moment aucune transcription opérée par un autre acquéreur ; que de plus, si le titre de son vendeur n'est pas transcrit, il agira sagement en en requérant la transcription ; qu'enfin, s'il constate après examen des titres de propriété dudit vendeur, que celui-ci a lui-même acheté l'immeuble depuis moins de quarante-cinq jours, il fera bien de ne payer qu'après expiration de ce délai, pour pouvoir vérifier si, dans l'intervalle, une inscription ou une transcription n'a pas eu lieu du chef d'un précédent vendeur.

Il faut d'ailleurs remarquer que, parmi toutes les conséquences pratiques de l'effet de la loi de 1855 à

l'égard de l'acheteur, celle qui consiste pour lui à requérir, par précaution, la transcription du titre de son vendeur, a une portée très étendue. En effet, lorsque plusieurs ventes sont faites successivement sans avoir été suivies de transcription, la transcription opérée par le propriétaire actuel ne suffit pas pour le mettre à l'abri des créanciers des propriétaires antérieurs : elle n'arrête le cours des inscriptions que pour les créanciers du dernier vendeur. Un acheteur devra donc prudemment s'assurer, non pas seulement que le titre de son vendeur a été transcrit, mais encore que tous ceux des propriétaires précédents l'ont été, faute de quoi il restera exposé à voir surgir de nouvelles inscriptions du chef de l'auteur de l'acte non transcrit.

Il nous reste, sur le point que nous examinons, à dire quelques mots de deux conflits qui peuvent s'élever en cette matière, et dont il y a lieu de prévoir la solution.

Le premier s'élèvera lorsque, une acquisition n'ayant pas encore été transcrite, des inscriptions seraient prises, à la fois par les créanciers de l'acquéreur et par les créanciers de l'aliénateur. Avant la loi de 1855, tous concouraient par ordre d'inscription ; mais depuis le 1^{er} janvier 1856, date de la mise en vigueur de cette loi, l'aliénation non transcrite n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires de l'aliénateur ; ceux-ci peuvent donc continuer à s'ins-

crire jusqu'à la transcription, sans s'exposer au concours des créanciers de l'acquéreur (Voir en sens contraire un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1^{er} décembre 1902, D. 1904, 1, 5, et la note de M. de Loynes).

La seconde difficulté pourra se rencontrer dans l'hypothèse où un créancier de l'aliénateur se sera inscrit sur lui le même jour où l'acquéreur aura fait transcrire son titre. La jurisprudence n'a pas été embarrassée pour solutionner ce conflit que d'aucuns avaient cependant déclaré sans issue. Il n'y a qu'à rechercher, dit-elle, quelle formalité a été remplie la première (Paris, 15 mai 1900, D. 1901, 2, 287). Est-ce l'inscription ? L'acquéreur pourra alors se la voir opposer. Est-ce au contraire la transcription ? C'est l'inscription dans ce cas qui sera nulle. L'antériorité de l'une des deux formalités sera prouvée par le registre des dépôts. Mais ce registre ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, et un certain pouvoir d'appréciation est laissé aux tribunaux (Bastia, 12 décembre 1881, D. 82, 2, 194. — Bourges, 12 décembre 1887, D. 88, 2, 298. — Nancy, 16 mai 1894, D. 96, 12, 305. — Paris, 15 mai 1900, D. 1901, 2, 287. — Caen, 18 juin 1908, D. 08, 2, 361).

En effet, le registre des dépôts peut donner une fausse indication du rang des inscriptions. Supposons, par exemple, que l'acte de vente et le procès-verbal de saisie soient déposés en même temps au bureau

des hypothèques, à l'heure de son ouverture, ou encore que les titres à transcrire arrivent par le même courrier ; le conservateur sera matériellement obligé de donner un numéro d'ordre différent à chacun de ces dépôts, et cependant leurs imultanéité est évidente. D'où la nécessité de laisser un pouvoir d'appréciation aux tribunaux. Dans l'hypothèse ci-dessus, l'arrêt de la Cour de Caen du 18 juin 1908 décide qu'il ne faut plus appliquer la loi du 23 mars 1855, mais les principes généraux du droit : on tiendra compte de l'acte de vente s'il est authentique ou s'il a date certaine.

Disons en terminant que le délai de quarante-cinq jours établi par la loi de 1855 au profit du vendeur, court à compter de la date de l'acte de vente, et non de l'acte de revente.

Si nous passons maintenant du cas du vendeur d'immeuble à celui du co-partageant, auquel la loi de 1855 accorde le même bénéfice relativement à l'inscription, nous nous trouvons, dès la lecture du texte de l'article 6, en présence d'une difficulté occasionnée par une autre disposition, celle de l'article 2109 du Code civil, et qui semble en opposition avec la loi de 1855.

Que dit en effet l'article précité ? Que le co-partageant conserve son privilège « par l'inscription faite, à sa diligence, dans soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation. » Voilà

donc un texte qui accorde au co-partageant un délai de soixante jours pour s'inscrire, alors que la loi de 1855 ne parle que de quarante-cinq jours. Que faut-il conclure ?

Avant la législation actuelle, on décidait sans grande difficulté que l'article 2109 n'avait trait qu'au droit de préférence, et que les dispositions des articles 834 et 835 du Code de procédure civile étaient édictées en vue du droit de suite. Mais aujourd'hui, il n'en va plus de même, semble-t-il, parce que l'article 6 de la loi de 1855 ne contient pas la réserve que formulait l'article 834 du Code de procédure vis-à-vis de l'article 2109 du Code civil : « sans préjudice, disait en effet l'article 834, 2^e al, des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers des articles 2108 et 2109 du Code civil. »

La loi de 1855 n'édicte rien de semblable, il s'ensuit que ce n'est pas pendant un délai de soixante jours que le co-partageant conservera la faculté d'inscrire son privilège, mais seulement pendant un laps de temps de quarante-cinq. (1).

(1) En sens contraire : Riom, 17 janvier 1889 (D. 1891, 4, 313).

CHAPITRE II

DES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE RELATIVES A LA CRÉANCE.

Lorsqu'un créancier hypothécaire veut poursuivre en vertu de son droit de suite un tiers acquéreur, il ne peut le faire qu'autant que sa créance est exigible (Bordeaux, 2 février 1892, D. 92, 2, 527). Sa poursuite, en effet, comme nous le dirons plus loin, doit être précédée d'un commandement au débiteur personnel ; or cet acte n'est possible qu'après l'exigibilité de la dette. D'ailleurs, l'hypothèque est, comme on le sait, un droit accessoire qui, en cette qualité, subit l'effet des modalités dont la créance est affectée. De ce que l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance, il s'ensuivra encore que le créancier ne pourra exercer l'action hypothécaire que dans les limites de sa créance (Bordeaux, 19 avril 1894, D. 95, 2, 373). Le tiers détenteur jouira donc des termes et délais accordés au débiteur : l'article 2167 *in fine* lui réserve expressément ce droit. Mais il va de soi, inversement, que si le débiteur personnel a encouru la déchéance du terme, le créancier hypothécaire ne

sera plus retenu par ce dernier bénéfice et pourra s'adresser immédiatement au tiers détenteur.

Par termes et délais, il y a lieu de comprendre non seulement un terme conventionnel, mais encore un terme de grâce. Telle est du moins l'opinion de presque tous les auteurs (1). Duranton cependant est en sens contraire et Taulier partage son avis (2). Mais la solution que nous indiquons est plus conforme au texte et à l'esprit de la loi. En effet, si le juge accorde un délai de grâce au débiteur personnel, il est impossible de poursuivre celui-ci. Ne pouvant lui faire de commandement, le créancier sera, par là même, empêché de faire sommation au tiers détenteur, puisque, d'après l'article 2169, il ne peut faire vendre l'immeuble hypothéqué que trente jours après commandement fait au débiteur personnel et sommation au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser. Au surplus, tant que le délai de grâce n'est pas expiré, il y a lieu d'espérer que le débiteur personnel paiera ; il serait donc contraire aux principes, tant qu'il ne peut être poursuivi, de pouvoir poursuivre le tiers détenteur, puisque ce dernier n'est tenu que si, après commandement, le débiteur personnel ne paie pas. Peu importe, comme on l'a

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2117. — Aubry et Rau, III, p. 436, § 287, texte et note 1. — Pont, II, n° 1131.

(2) Duranton, t. XX, n° 232. — Taulier, VII, p. 381.

soutenu, que ce soit *intuitu personæ*, en considération de la personne, de la position spéciale du débiteur, que le juge ait accordé un délai de grâce : celui-ci n'en doit pas moins profiter au tiers acquéreur, contre lequel il ne saurait y avoir de poursuite possible.

CHAPITRE III

DES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE RELATIVES A L'ACTE D'ALIÉNATION.

L'acte qui, aux termes de notre étude, et dans les limites où elle se renferme, doit donner ouverture au droit de suite des créanciers hypothécaires, est, nous l'avons dit au début de ce travail, un acte de vente. Mais sur quoi cette vente peut-elle porter ? C'est là un point qu'il importe à présent que nous envisagions.

Il s'agit, on le sait, d'une vente d'immeuble. Aucune difficulté lorsque ce dernier aura, dans son intégralité, fait l'objet de l'aliénation. Il y a même lieu de décider que le droit du créancier hypothécaire s'exercera en outre sur ses accessoires réputés immeubles ; mais du jour où ils deviendront meubles, aucun créancier hypothécaire ou nanti d'un privilège immobilier ne pourra rien prétendre : « meubles n'ont pas de suite par hypothèque, art. 2119 (Cass. 21 novembre 1894, S. 96, 1, 230. — Tribunal civil de Valence, 28 avril 1893, *Journal des Arrêts*, Grenoble, 93, p. 187).

La règle que nous venons de poser s'appliquera notamment aux objets immobilisés par destination, qui, en raison de leur qualité d'accessoires d'un immeuble par nature, ne peuvent être hypothéqués séparément de cet immeuble. Donc, tant qu'ils n'auront pas été livrés à un tiers, ils pourront, même aliénés séparément du fonds par le débiteur, servir d'assiette au droit de suite du créancier hypothécaire ; mais ce droit sera perdu pour lui le jour où les objets immobilisés par destination auront été livrés ; il n'aura plus d'autre ressource que d'attaquer l'aliénation comme faite en fraude de ses droits.

C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1906 (D. 09, 1, 345). Cet arrêt, en effet, n'admet l'application de la règle « en fait de meubles possession vaut titre », que si les objets ont été détachés de l'immeuble et possédés par les tiers séparément. Si donc, après les avoir acquis, les tiers acquéreurs sont devenus locataires de l'immeuble auquel étaient attachés ces objets, et s'ils n'ont pas cessé de les posséder matériellement, sans aucun changement apporté au mode d'exploitation de l'immeuble, dans l'état où ils avaient été placés par le propriétaire, et hypothéqués, leur possession doit être regardée comme inefficace au regard du créancier hypothécaire.

Si nous partons de ce principe que l'hypothèque s'étend aux immeubles par destination placés par le

propriétaire pour le service et l'exploitation de l'immeuble, que va-t-il arriver dans le cas suivant ? Un commerçant emprunte d'abord une certaine somme, en donnant en nantissement son fonds de commerce de menuisier et le matériel en dépendant — en l'espèce des machines-outils immeubles par destination. En vertu de ce prêt, inscription est prise au greffe du tribunal de commerce. Plus tard, ce même commerçant emprunte une nouvelle somme, en donnant comme garantie une hypothèque sur l'immeuble où il exploitait son fonds et sur le matériel considéré, dans l'acte notarié, comme immeuble par destination. Inscription est prise au bureau des hypothèques. Voici donc un matériel affecté à deux créanciers différents. Au quel donner la préférence, au créancier nanti premier inscrit, ou au créancier hypothécaire inscrit en dernier lieu ? Appliquera-t-on la règle « *prior tempore potior jure* » ? Le tribunal civil de Dijon, dans un jugement du 30 mars 1908, a donné gain de cause au créancier hypothécaire, en se basant sur ce fait que la loi de 1898 sur le nantissement des fonds de commerce n'a rien innové en matière de droit hypothécaire, et n'a pas dit que le nantissement d'objets immobiliers, bien qu'inscrits au greffe du tribunal de commerce, viendrait en concurrence avec les créances hypothécaires et même par préférence à ces dernières.

Dans le même ordre d'idées, on décide également que le droit de suite porte sur les améliorations dont

l'immeuble a été l'objet. A ce point de vue les tribunaux sont très larges, et considèrent, par exemple, comme améliorations les canalisations établies par le propriétaire d'une source s'écoulant pour partie dans le sol de chemins publics (Grenoble, 16 juin 1904, D. 06, 2, 209. — Grenoble, 26 décembre 1890, *Journal des Arrêts*, Grenoble, 91, p. 106. — Trib. Bordeaux, 15 mai 1897, *Gazette du Palais*, 15 novembre 1897. — Rouen, 29 décembre 1906, Rec. Rouen, 06, 257. — Cass., 2 juillet 1901, *Pandectes françaises*, 1902, 1, 77. — Cass., 12 juillet 1901. — *Rép. gén. du not. et de l'enregistrement*, 1901, p. 561. — Paris, 2 août 1901, *Gazette du Palais*, 01, 2, 588. — Trib. Gray, 10 décembre 1903, *Gazette des Tribunaux*, 20 février 1904. — Chambéry, 6 février 1905, *Journ. not.*, 1905, p. 554. — Trib. de Marseille, 17 janvier 1906, *Gazette des Tribunaux*, 23 février 1906.)

Le droit de suite s'exerce encore sous sa forme normale quand la vente n'aura pas porté sur l'immeuble tout entier, mais que le propriétaire se sera défait seulement d'une part divisée — autrement dit distincte matériellement — de sa chose. Le créancier hypothécaire est ainsi obligé de produire dans plusieurs procédures d'ordre. Peut-il alors invoquer l'article 1188 du Code civil et agir avant l'arrivée du terme, en soutenant qu'il y a eu diminution de son gage ? De très anciens arrêts de cassation ont consacré cette solution (Cass. req., 9 janvier 1810, S. 10,

1, 139. — Cass. civ., 4 mai 1842, S. 12, 1, 321) et, parmi les auteurs, Aubry et Rau ont partagé cette manière de voir (1).

Nous pensons, avec M. Planiol (2), qu'il est plus juste de refuser au créancier hypothécaire le bénéfice de l'article 1188. L'hypothèque, en effet, n'entrave pas la faculté d'aliénation qui appartient au débiteur; elle donne simplement le droit de suite au créancier, et, comme l'exprime très justement cet auteur, « la sûreté est divisée, elle n'est pas diminuée ». Il n'y a donc pas de raison pour permettre au créancier hypothécaire d'agir avant l'arrivée du terme en invoquant l'article 1888.

Une jurisprudence assez ancienne et quelques auteurs, sans aller jusqu'à admettre la solution proposée par Aubry et Rau, ont prétendu que, pour que le créancier hypothécaire puisse invoquer l'article 1888, il ne suffisait pas d'une aliénation divisée, mais qu'il fallait en outre que les acquéreurs se fussent déjà mis en mesure d'opérer la purge de leur acquisition (Cass. civ., 21 avril 1852, D. 54, 5, 539. — Guillouard, III, nos 1584 et 1585).

Supposons maintenant qu'il y a eu, non plus aliénation par le débiteur d'une part divisée de l'immeuble hypothéqué, mais aliénation d'une part indivise. Il

(1) Aubry et Rau, III, p. 429, § 286, texte et note 14.

(2) Planiol, II, no 3170.

faut décider dans cette hypothèse — ce sera le cas d'un héritier ayant vendu la part indivise qu'il a dans la succession, — que le créancier ne pourra exercer son droit de suite séparément sur cette part indivise, pas plus d'ailleurs que sur celle qui reste au débiteur. (Argument de l'art. 2205 du Code civil, aux termes duquel la part indivise d'un co-héritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation). Le créancier hypothécaire sera donc forcé de saisir l'immeuble tout entier, sous la condition de remplir préalablement à l'égard du tiers acquéreur les formalités de l'article 2109 du Code civil (Lyon, 7 août 1850, D. 54, 5, 676).

Il y a cependant un cas où l'article 2205 recevra une dérogation, et où le créancier d'une part indivise aura le droit de la saisir et de la faire vendre sans être tenu de provoquer le partage ou la licitation : c'est en matière d'hypothèque maritime. Mais ici, il s'agit d'un des cas d'hypothèques portant sur des meubles, créées par des lois postérieures au Code, et nous renvoyons à la conclusion de ce travail pour les quelques explications complémentaires que nous avons cru devoir donner à ce sujet.

CHAPITRE IV

DES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE RELATIVES AU TIERS DÉTENTEUR.

Il nous reste, pour en finir avec la première partie de notre étude, à répondre à la question suivante : Qui faut-il considérer comme tiers détenteur, plus particulièrement comme tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué ?

La réponse à cette interrogation n'est ni douteuse ni embarrassante. On entend par tiers détenteur toute personne qui détient à titre non précaire le fonds hypothéqué, en totalité ou en partie, et qui n'est pas obligée personnellement envers le créancier au paiement de la dette. Le tiers détenteur est donc tenu vis-à-vis du créancier hypothécaire, à cause de l'immeuble, *propter rem*. (Toulouse, 4 mai 1890, *Gazette des tribunaux du Midi*, du 12 juin 1890. — Chambéry, 4 août 1902, *Gazette des tribunaux*, 1902, 2^e semestre, 2, 311). C'est, si nous pouvons nous exprimer ainsi, l'immeuble lui-même qui est débiteur, et ce n'est que parce qu'il lui faut un répondant devant la loi que l'action hypothécaire

peut être exercée contre celui qui le détient. Entre l'immeuble et le tiers détenteur, il n'y a pas autre chose qu'un lien réel, celui de la détention, et c'est précisément ce qui permettra à ce dernier de le rompre, au moyen du délaissement, pour échapper aux poursuites du créancier. C'est encore ce qui explique pourquoi le tiers détenteur, dès qu'il a revendu l'immeuble, ne peut plus être considéré comme ayant cette qualité, ni, par conséquent, poursuivi par le créancier hypothécaire (Cass. civ., 16 juillet 1884, D. 85, 1, 146. — Cass. civ., 21 juin 1896, D. 97, 1, 122).

Celui donc qui a acheté au débiteur tenu personnellement l'immeuble hypothéqué, rentre tout naturellement dans la classe des tiers détenteurs, telle que nous venons de la définir : c'est le tiers acquéreur objet de notre étude.

Seulement, pour qu'il ait cette qualité, et soit, comme tel, exposé aux poursuites des créanciers hypothécaires, il ne suffit pas que le vente soit, en tant que convention, devenue parfaite *inter partes* ; il est encore indispensable qu'elle soit devenue opposable aux tiers par la transcription (Agen, 5 novembre 1888, D. 91, 2, 261).

Tant que cette formalité n'aura pas été accomplie, les créanciers hypothécaires n'ont pas à connaître l'acquéreur de l'immeuble ; à leur égard, c'est l'aliénateur, leur débiteur personnel, qui est

resté propriétaire, et c'est contre lui qu'ils ont le droit de poursuivre l'expropriation forcée. Il faut d'ailleurs remarquer que, si un créancier avait exercé par erreur des poursuites hypothécaires contre un tiers acquéreur dont le titre n'aurait pas été transcrit, il n'aurait pas perdu pour cela le droit de saisir l'immeuble hypothéqué sur son débiteur, resté propriétaire à l'égard des tiers.

Du jour où la transcription de la vente est opérée, la situation change ; l'acquéreur devient véritablement un tiers détenteur, et comme l'hypothèque porte sur le bien, c'est lui maintenant qui va être exposé au droit de suite des créanciers. Et remarquons qu'il en est ainsi en dehors même de toute question de possession : celle-ci n'entre pas en ligne de compte. De même qu'avant la transcription, c'est l'aliénateur, même s'il ne possède plus l'immeuble, qui devra être poursuivi, de même, une fois la transcription opérée, est-ce l'acquéreur — encore que la délivrance n'ait pas eu lieu et soit ajournée à un terme plus ou moins éloigné, — qui devra, en qualité de tiers détenteur, répondre aux poursuites des créanciers.

Conformément à cette doctrine, il a été jugé que les poursuites hypothécaires ne peuvent s'exercer au moyen d'une sommation de payer ou de délaisser que contre les tiers acquéreurs devenus, en vertu d'un titre, propriétaires de l'immeuble hypo-

théqué ; que, par suite, le créancier qui trouve l'immeuble indûment possédé par un tiers doit le saisir directement sur le débiteur demeuré propriétaire, et ne peut exercer contre le tiers possesseur qu'une action en revendication du chef de son débiteur (Poitiers, 20 décembre 1896, D. 97, 2, 228).

Telle est la règle dans les hypothèses fort simples de la vente totale de l'immeuble hypothéqué ou de la vente d'une part divise. Lorsqu'il s'agit de la vente par le débiteur d'une part indivise, nous avons vu précédemment comment il y avait lieu de résoudre la question : ici, le tiers acquéreur a un droit qui porte, comme celui de l'aliénateur, sur la totalité de l'immeuble et sur chacune de ses fractions, sans qu'il soit possible de déterminer et de limiter quelle part appartient à chacun. Nous avons conclu qu'en présence de cette situation, il y avait lieu d'accorder au créancier le droit de saisir la totalité de l'immeuble, à la condition de remplir, vis-à-vis du débiteur comme à l'égard du tiers acquéreur, les formalités ordonnées par la loi, et en particulier pour ce dernier, celles prescrites par l'article 2169 du Code civil.

Que faudrait-il décider maintenant lorsque l'hypothèque n'a été constituée que sur la part indivise appartenant au débiteur dans l'immeuble ?

Aux termes de l'article 2205 du Code civil le cré-

ancier ne peut saisir séparément la part indivise de son débiteur ; il a seulement le droit de provoquer le partage ou la licitation de l'immeuble. Cette règle s'appliquera tout naturellement dans le cas où le débiteur aliène sa part indivise ; avant toute poursuite hypothécaire, le créancier devra provoquer le partage ou la licitation.

Mais si l'un des co-propriétaires indivis devient seul propriétaire de l'immeuble par suite de partage, de donation ou autrement, l'indivision cesse. En conséquence, l'hypothèque constituée sur la part indivise va s'étendre aux autres parts acquises par le constituant — à condition toutefois que cette éventualité ait été prévue formellement dans l'acte de constitution, — et le créancier hypothécaire pourra exercer son droit de suite sur l'immeuble tout entier (Req. 26 mars 1907, D. 07, 1, 338).

Disons en terminant que le tiers acquéreur n'est pas seulement celui qui a acquis par vente la pleine propriété de l'immeuble hypothéqué. Auront encore cette qualité tous ceux qui se seront rendus acquéreurs sur le bien d'un droit susceptible d'être vendu aux enchères ; par conséquent, l'acquéreur, non seulement de la propriété ou de la nue propriété de l'immeuble, mais aussi d'un droit d'usufruit ou d'emphytéose, devra être rangé dans la catégorie des tiers détenteurs. A l'inverse on refusera ce titre à ceux qui auront un droit d'usage, d'habitation ou de ser-

vitude, ces droits ne pouvant être vendus aux enchères (Art. 2204 C. civil). Mais si la transcription des actes par lesquels ces droits ont été établis est postérieure à l'inscription, ils ne pourront être opposés au créancier hypothécaire, qui aura le droit de poursuivre contre le constituant l'expropriation de la pleine propriété (contra, Trib. civ. de Dijon, 1^{er} août 1901. *Journal des arrêts*, 1901. p. 480).

Selon certains auteurs, comme Thézard, il ne serait même pas nécessaire de mettre en cause ceux auxquels les droits de servitude, d'usage, d'habitation auront été consentis, ni de leur adresser une sommation de payer ou de délaisser (2).

D'après Aubry et Rau, le créancier hypothécaire qui exproprie un immeuble grevé de tels droits peut faire insérer au cahier des charges une clause portant que l'immeuble sera vendu comme franc. Mais pour éviter des difficultés de la part du tiers auquel a été concédé le droit de servitude, il fera bien de porter cette clause à sa connaissance, avec sommation d'intervenir s'il le juge convenable (1).

De même, lorsque l'aliénation aura porté sur la mitoyenneté d'un mur, on refusera encore le titre de tiers détenteur à l'acquéreur.

Nous en avons ainsi terminé avec la première par-

(1) Thézard. *Op. cit.*, n° 216.

(2) Aubry et Rau, III, p. 72 et 250.

tie de notre étude, que nous avons intitulée : Conditions d'exercice du droit de suite. Nous savons maintenant quels créanciers sont investis de ce droit, quels caractères doit revêtir leur créance pour qu'ils puissent l'exercer, quelles ventes y donnent ouverture, quels acquéreurs sont susceptibles de se le voir opposer.

Abordons maintenant, dans une seconde partie, la façon dont, pour les créanciers, il y a lieu de le mettre en pratique.

DEUXIÈME PARTIE

MODE D'EXERCICE DU DROIT DE SUITE

En droit romain, le créancier hypothécaire avait pour but d'être mis en possession du bien hypothéqué, comme un gagiste, et lorsqu'il avait obtenu cette possession, il avait le droit de mettre ce bien en vente, afin de se payer sur le prix de la somme qui lui était due. Il agissait donc dans l'intention de faire abandonner aux tiers détenteurs l'immeuble hypothéqué, obtenant à cet effet une action réelle qui mettait ces derniers en demeure de délaisser ou de payer. Le délaissement : voilà quel était l'objet direct de la poursuite ; le paiement n'était qu'une simple faculté pour le tiers détenteur, un moyen d'échapper à la condamnation. La « vindicatio pignoris », par laquelle le créancier réclamait la possession de l'immeuble, était, en effet, une action arbitraire, et le défendeur était absous lorsqu'il livrait la chose au créancier.

C'est ce système que l'on rencontre dans notre ancienne législation, à l'époque de Pothier (1). Cet auteur, parlant de l'action hypothécaire, dit en effet qu'elle aboutit à « faire condamner le détenteur à délaisser l'immeuble hypothéqué ». C'est donc bien à cette époque encore, l'abandon de l'immeuble que

(1) Pothier. *Hypothèque*, n° 406.

l'on vise tout d'abord en agissant contre le tiers acquéreur. Loyseau dit de même que le « délai » de l'immeuble est, selon les lois romaines, « la vraie fin et conclusion de l'action hypothécaire » (1).

Il n'en va plus de même aujourd'hui. De principal qu'il était dans la législation romaine et dans notre ancien droit, le délaissement de l'immeuble est devenu secondaire aux termes de notre Code. On comprend ce changement si l'on compare la façon dont le créancier hypothécaire arrive à réaliser son gage sous l'empire de nos lois avec les moyens dont il disposait dans la législation romaine. Muni de son *jus distrahendi*, le créancier romain n'était assujéti, pour la vente de l'immeuble, à aucune forme spéciale. Il pouvait le vendre aussi bien à l'amiable qu'aux enchères, et s'il était d'usage d'annoncer la vente par voie d'affiches, il n'y avait là aucune obligation, dont l'ommission pût entacher l'acte de nullité.

Rien de tel aujourd'hui. Le créancier hypothécaire n'a plus le droit de vendre l'immeuble à l'amiable et à sa guise; sa poursuite doit être une saisie, dans les formes déterminées par la loi, et sa vente, une vente aux enchères. Or, il est bien évident que la saisie en question peut avoir lieu sans que l'immeuble soit abandonné par son détenteur; celui-ci n'a même

(1) Loyseau. *Déguerpissement*, liv. I, chap. 2, n° 12.

aucun intérêt, semble-t-il, à délaisser, afin de pouvoir suivre la procédure, tandis que de son côté le créancier n'en a pas pas davantage à ce que l'immeuble reste vacant. De là l'interversion que nous avons constatée dans l'alternative offerte au tiers acquéreur, et la formule nouvelle qui fait de la saisie la véritable forme de droit de suite, puisque le créancier n'a plus le droit, comme autrefois, d'exiger le délaissement. C'est ce qu'a voulu exprimer la loi en disant, dans l'article 2168 du Code civil, que le tiers détenteur est « tenu de payer ou de délaisser ». Le droit romain, s'exprimait ainsi dans la *vindicatio pignoris* qui était accordée au créancier : « *Condemna, nisi restituat* ». C'était bien l'abandon de la chose et sa livraison au créancier que l'on visait directement par cette formule. Nous verrons bientôt si la nôtre, celle de l'article 2168, est vraiment exacte dans ses termes, en présence des explications que nous avons données sur le caractère actuel du droit des créanciers.

Voyons maintenant, dans deux chapitres successifs les deux actes initiaux de la poursuite, tels qu'ils ressortent de l'article 2169 du Code civil, à savoir : un commandement fait au débiteur originaire, une sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.

CHAPITRE I

DU COMMANDEMENT.

Le commandement adressé par le créancier hypothécaire à son débiteur personnel est le premier acte de la procédure dont l'issue normale doit être la saisie. C'est lui dont parle l'article 2169 du Code civil en disant que chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué « trente jours après commandement fait au débiteur originaire ». A cette expression employée par la loi, de débiteur originaire, nous préférons celle de débiteur personnel qui est infiniment plus exacte. En effet, le mot originaire s'appliquant au débiteur semblerait supposer que le tiers détenteur lui aussi est débiteur de la dette, alors, nous le savons, qu'il n'en est pas ainsi et qu'il n'est tenu qu'à raison de sa détention (Cf. Civ. rej., 17 janvier 1816. J. G. V^o Obligat. n. 1098, S. 16, 1, 145).

La loi exige un commandement, parce que la poursuite du créancier pourra aboutir à la saisie, et que,

aux termes des articles 2217 alinéa 1 du Code civil et 673 du Code de procédure civile, toute saisie doit être précédée d'un commandement. Le commandement est nécessaire même dans le cas où l'acquéreur a purgé s'il n'a pas acquitté les bordereaux de collocation délivrés contre lui et si l'immeuble se trouve entre les mains d'un sous-acquéreur (Douai, 7 décembre 1893, D. 94, 2, 321, et la note de M. Poncet sous cet arrêt). Le commandement ne pouvant être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire constatant une obligation (Cass. civ., juillet 1893, D. 1893, 4, 156), c'est naturellement au débiteur personnel contre lequel ce titre existe qu'il sera adressé. Le premier acte de procédure intéresse donc le débiteur qui a souscrit la dette au profit du créancier hypothécaire. Mais il peut arriver que le créancier hypothécaire n'ait pas de titre exécutoire, que ce soit un vendeur porteur d'un acte sous-seings privés ou un créancier à hypothèque légale ; dans ce cas il faudra prendre jugement. A ce sujet il a été jugé que la grosse du contrat de mariage est un titre exécutoire qui permet à la veuve créancière de ses reprises et ayant inscrit son hypothèque légale, de faire au tiers détenteur d'un immeuble ayant appartenu au mari sommation de la désintéresser ou de délaisser l'immeuble (Besançon, 12 décembre 1882, D. 83, 2, 184). D'ailleurs, très souvent le titre exécutoire existera au profit du créancier sans qu'il ait besoin de recourir

à ce procédé : telle sera la situation du créancier muni d'une hypothèque judiciaire et celle encore du créancier qui possède une hypothèque conventionnelle puisqu'à raison des formes que lui impose l'article 2127 du Code civil ce genre d'hypothèque emprunte le caractère d'acte authentique.

Quel est le but du commandement ? C'est de mettre le débiteur personnel en demeure de payer, et, par ce moyen, d'éviter pour lui le recours en garantie toujours à craindre du tiers acquéreur que menace l'expropriation.

Quant aux formes du commandement, elles sont réglementées par les articles 673 et 674 du Code de procédure civile, auxquels renvoie l'article 2217, deuxième alinéa du Code civil : copie, en tête, du titre exécutoire, élection de domicile dans le lieu où siège le tribunal qui devra connaître de la saisie si le créancier n'y demeure pas, indication que faute de paiement il sera procédé à la saisie, visa de l'original par le maire du lieu où le commandement sera signifié. Mais l'article 673 du Code de procédure civile n'exige pas que le commandement contienne indication de la somme exacte à payer ; par conséquent un créancier dont la créance n'est pas liquide peut signifier un commandement pour faire courir les délais de la purge et de la saisie se réservant de faire liquider sa créance dans les trente jours qui suivront le commandement (Paris, 17 mars 1896.

D. 98, 2, 513, et la note de M. Cósar Bru sous cet arrêt).

Aux termes de l'article 674 précité, si le créancier laisse écouler plus de quatre-vingt-dix jours entre le commandement et la saisie, il est tenu de le réitérer dans les formes et avec les délais prescrits par la loi. Cette règle relative à la péremption du commandement s'applique-t-elle à celui qui précède la poursuite dirigée contre le tiers acquéreur ? On a soutenu qu'elle restait étrangère à cette hypothèse et qu'il fallait en restreindre l'application au cas où le débiteur personnel lui-même est actionné. Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire cette distinction, et qu'il faut au contraire décider que même s'il y a poursuite contre le tiers détenteur, le commandement fait au débiteur personnel se trouvera périmé si, dans le délai de quatre-vingt-dix jours, il n'a pas été suivi de saisie. En effet, le Code civil qui indique bien quels actes doivent précéder la poursuite contre le tiers détenteur, ne détermine nullement la forme de ces actes, ni pendant quelle durée ils conserveront leur efficacité. C'est donc dans le Code de procédure civile qu'il faut aller chercher ces règles, et c'est là que nous trouvons la formule de l'article 674 relative à la péremption du commandement. Au surplus, les articles 673 et 674 sont conçus dans des termes assez généraux pour que l'on puisse les appliquer, non seulement dans l'hypothèse d'une poursuite en

saisie-immobilière dirigée contre le débiteur personnel, mais encore dans celle d'une poursuite dirigée contre le tiers détenteur (Rouen, 8 avril 1839, S. 39, 2, 387. — Amiens, 31 décembre 1839, S. 41, 2, 190. — Douai, 14 décembre 1840, S. 41, 2, 475. — Paris, 23 juin 1882, S. 83, 2, 71. — Cass. Civ., 17 mars 1886, D. 86, 1, 340, S. 86, 1, 207). (1). — En sens contraire ; Bordeaux, 23 avril 1831, S. 31, 2, 328. — Amiens, 10 mai 1837, S. 38, 2, 196. — Limoges, 5 mars 1842, 2, 481). Nous examinerons au chapitre suivant le point de savoir si la péremption du commandement à quelque effet sur l'efficacité de la sommation.

Le tiers détenteur a naturellement le droit de se prévaloir de l'inexistence comme de la péremption du commandement. C'est d'ailleurs son intérêt puisqu'il ne peut y avoir de saisie sans commandement et que celui-ci a pour but, en mettant le débiteur personnel en demeure de payer, de prévenir l'expropriation forcée qui menace le tiers détenteur (Cass. civ., 14 mai 1839, S. 39, 1, 569. — Cass. Req., 25 novembre 1862, D. 63, 1, 209, S. 63, 1, 149. — Cass. civ., 17 mars 1886, S. 86, 1, 207. — Besançon, 27 décembre 1895, D. 96, 3, 497).

Mais faut-il décider de la même manière s'il s'agit,

(1) En ce sens : Aubry et Rau, t. III, n° 287, texte et notes 40 et 41, p. 746. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2435. — Guillouard. *Op. cit.*, t. III, n° 1453.

non plus de l'inexistence ou de la péremption du commandement, mais d'une nullité dont il serait affecté ? Cette fois encore le tiers détenteur peut-il s'en prévaloir ? D'une façon générale on se range à une opinion contraire, ou tout au moins on fait, en matière de nullités, une distinction. Que l'inexistence ou la péremption du commandement puissent être opposées par le tiers détenteur, dit-on, cela se conçoit sans difficulté, puisque les poursuites du créancier contre ce dernier n'auraient peut-être pas lieu si le débiteur personnel, averti par le commandement, avait été mis à même de désintéresser son créancier. Mais en matière de nullités, il n'en va plus de même, au moins dans un cas, et c'est pourquoi il faut distinguer. Sans doute, continue-t-on, le motif indiqué précédemment au sujet de l'inexistence ou de la péremption du commandement se retrouve-t-il intact lorsqu'il s'agit d'une nullité ayant sa cause dans le défaut de qualité de la personne à qui l'acte a été signifié ; mais il ne trouve plus du tout son application dans le cas d'une simple nullité de forme. Dans cette hypothèse, en effet, la nullité n'intéresse que le débiteur personnel qui peut vouloir la couvrir par son silence ; et au surplus, quelle est la chose importante pour le tiers détenteur ? C'est que le débiteur personnel soit averti, et par là, mis à même de payer et de lui éviter l'expropriation ; or une nullité de pure forme n'empêche pas l'acte de

répondre à cette condition et de porter son avertissement.

Telle est la manière de voir de Troplong, Pont, Toulhier, Laurent et plusieurs autres auteurs. La Cour de cassation a également statué dans le sens de cette opinion (Cass. Req., 18 février 1852, D. 52, 1, 241). (1)

Cependant une théorie contraire, soutenue par Aubry et Rau et Guillouard, décide que, quel que soit le genre de nullité dont le commandement se trouve entaché, le tiers détenteur pourra, dans tous les cas, s'en prévaloir à l'égard du créancier poursuivant (2). Elle s'appuie pour aboutir à cette conclusion, sur l'article 715 du Code de procédure civile. L'alinéa 1 de ce texte dit en effet que les formalités et délais prescrits, entre autres articles, par les articles 673 et 674 du Code de procédure seront observés « a peine de nullité ». D'autre part, l'alinéa 3 ajoute que « les nullités prononcées par le présent article pourront être proposées par tous ceux qui y auront intérêt ». Or, dit-on, le commandement est l'une des bases essentielles de la poursuite en expropriation forcée dirigée contre le tiers détenteur, celui-ci pourra donc, aux termes de l'alinéa 3 et en qualité de personne

(1) Laurent, t. XXXI, n° 259. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2138. — Taulier, VII, p. 381. — Pont, II, n° 1148. Troplong, III, n° 795.

(2) Aubry et Rau, t. III, § 287, p. 717. — Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 4634.

intéressée, exciper de la nullité du commandement chaque fois qu'il s'en trouvera entaché, et non pas seulement, comme le voudrait la théorie précédemment exposée, lorsque cette nullité revêtira un caractère spécial. D'après Persil, le tiers détenteur n'aurait jamais qualité pour opposer la nullité du commandement fait au débiteur originaire, ce droit étant personnel au débiteur (1).

(1) Persil, II, sur l'article 2469, n° 44.

CHAPITRE II

DE LA SOMMATION DE PAYER OU DE DÉLAISSER.

La seconde formalité qu'exige la loi au début des poursuites du créancier, est la sommation au tiers détenteur, de « payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage » (art. 2169 du Code civil). C'est la conséquence pratique de la disposition de l'article 2168 selon lequel le tiers détenteur est, d'après les termes mêmes de la loi « tenu de payer tous les intérêts et capitaux exigibles à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve ».

On a fort critiqué cette expression comme présentant les choses sous un jour inexact. A lire ces textes, en effet, il semblerait que le tiers détenteur fût tenu de payer, et qu'il eût seulement, à défaut de remplir cette obligation, la faculté de délaisser l'immeuble. Le paiement serait *in obligatione solutionis*, le délaissement *in facultate solutionis*. Or c'est là dit-on, un langage tout à fait impropre. Le tiers détenteur n'est aucunement tenu de payer, car il n'est pas personnellement débiteur. Qu'est-ce, au con-

traire; qui devient obligatoire pour lui ? C'est l'abandon de l'immeuble. Par conséquent, renversant l'ordre des termes employés par l'article 2169, il eut fallu parler d'une « sommation de délaisser ou de payer » et non pas d'une sommation de payer ou de délaisser (1) ».

Cette critique a exercé une certaine influence dans l'esprit du législateur belge qui, dans l'article 8 de la loi du 16 décembre 1851, a inséré cette formule : « Le tiers détenteur est tenu de délaisser l'immeuble hypothéqué sans réserve, sinon de payer ».

Cependant cette critique repose sur une base complètement erronée, à savoir que l'abandon de l'immeuble, autrement dit le délaissement, est obligatoire pour le tiers détenteur. Non ! Nous l'avons expliqué déjà, le délaissement ne constitue pas une obligation pour celui-ci ! Il ne peut pas lui être plus imposé que le paiement, et il n'est pas plus exact de dire que le tiers détenteur est tenu de délaisser que de dire qu'il est tenu de payer. De quoi donc peut-il être véritablement tenu ? Nous le savons : de subir l'expropriation forcée s'il ne prend aucun des autres partis qui lui sont offerts. Mais ce n'est pas là le délaissement tel qu'on doit le comprendre, et c'est pourquoi l'article 2169, s'il ne devait pas être exact en disant « sommation de payer ou de délaisser » ne le serait

(1) Duranton. *Op. cit.*, XX, n° 233.

pas davantage en renversant l'ordre de ses expressions pour parler d'une « sommation de délaisser ou de payer ». Dans ces conditions, la critique portée contre la formule de la loi manque autant d'objet que de fondement, puisque des deux partis qu'elle offre au tiers détenteur : le paiement et le délaissement, aucun ne saurait être pour lui obligatoire, et qu'il importe peu dès lors, qu'on emploie une expression plutôt que l'autre.

Quoi qu'il en soit, la sommation adressée au tiers détenteur a pour but de le mettre en demeure de prendre un parti, et de faire un choix entre les diverses facultés qu'on lui offre. Cette sommation n'est pas un acte d'exécution : d'où cette conséquence que le créancier hypothécaire pourra la signifier à l'héritier du tiers détenteur sans être forcé d'observer le délai de huitaine prescrit par l'article 877 du Code civil pour les titres exécutoires (Bourges, 1^{er} mars 1893, D. 93, 2, 520).

Si d'ailleurs le créancier agit contre le tiers détenteur par voie de sommation et non par voie de commandement, comme il le fait à l'égard de son débiteur personnel, c'est que sa situation vis-à-vis de l'un et de l'autre n'est pas du tout pareille. Ayant un titre exécutoire, ou, ce qui revient au même, ayant pris jugement contre son débiteur personnel, il a toute facilité de le poursuivre par voie de commandement, ce dernier supposant nécessairement l'existence d'un

titre exécutoire. Mais, d'autre part, il n'a rien de tel à l'égard du tiers détenteur, lequel n'est pas obligé, et ne se trouve, nous l'avons suffisamment expliqué, tenu envers le créancier hypothécaire qu'en raison de sa qualité de détenteur de la chose, autrement dit *propter rem*. Dans ces conditions, on voit, sans qu'il soit besoin d'insister davantage, que c'est bien par une sommation, et non par un commandement, qu'il devra être touché.

Comme conséquence immédiate de ce que nous venons de rappeler, on décidera qu'il n'y a pas ici à observer les formalités prescrites par la loi pour la validité du commandement. La sommation n'est soumise à aucune forme spéciale, elle comporte simplement les formes ordinaires des exploits ; il ne sera pas nécessaire que l'huissier soit porteur d'un pouvoir spécial ni qu'il donne copie des titres du créancier, ni qu'il le fasse revêtir du visa du maire (Req. rej., 6 juin 1860, S. 61, 1, 356 et note). — Cass. civ., 16 avril 1821, S. 21, 1, 414. — Douai, 18 mai 1836, S. 37, 2, 328. — Bourges, 17 avril 1839, S. 39, 2, 449. — Bordeaux, 15 mai 1839, S. 39, 2, 389. — Paris, 17 janvier 1840, S. 40, 2, 53. — Riom, 6 août 1842, S. 42, 2, 483. — Alger, 24 juin 1870, D. 73, 2, 23. — Cass. civ., 7 mars 1893, D. 93, 1, 156. — Bourges, 1^{er} mars 1893, D. 93, 2, 250. — Cass. reg., 21 mars 1894, D. 94, 1, 455). Il suffit que le tiers détenteur soit averti clairement et sans

équivoque du but de la sommation. On a aussi jugé que serait valable la sommation faite au tiers détenteur « de notifier son titre d'acquisition et de se conformer aux dispositions de l'article 2183, sinon le requérant poursuivra contre lui l'expropriation de l'immeuble » (Metz, 17 juillet 1867, D. 67, 2, 151). L'invocation de l'article 2183 suffit : d'une part, en effet, la référence à l'article 2183 auquel l'article 2184 sert de complément ne laisse aucun doute sur l'obligation de payer, et d'autre part la menace d'expropriation contient nécessairement la sommation de délaisser, puisque à défaut de paiement le délaissement est le seul moyen pour le tiers détenteur d'éviter les poursuites directes en saisie immobilière (Trib. d'Albertville, 8 décembre 1888. *Journal des Arrêts*, Grenoble, 1889, 2, 109. — Trib. d'Annecy, 6 mai 1889, eod. loc., 89, 2, 127. — Grenoble, 5 novembre 1889, eod. loc., 90, 1, 100).

Il faut naturellement, mais il suffit aussi, que dans la sommation faite au tiers détenteur, les immeubles auxquels elle s'applique soient désignés d'une manière suffisante. En vertu de ce principe, il a été jugé, dans l'arrêt que nous indiquons ci-dessous, que la sommation est nulle pour désignation insuffisante de l'immeuble lorsque, faite à la requête d'un créancier à hypothèque légale, elle porte seulement que, faute de payer, le tiers détenteur y sera contraint par la saisie de ses biens, si mieux il n'aime délais-

ser « tous les immeubles qu'il a acquis du débiteur et qui sont grevés de l'hypothèque légale en vertu de laquelle la sommation est faite » (Riom, 29 janvier 1859, et sur pourvoi Cass. Req., 6 juin 1860, D. 61, 1, 171).

Deux questions se posent maintenant qui, par la façon dont elles doivent être traitées, englobent à la fois les deux formalités de la sommation et du commandement. Il s'agit tout d'abord de savoir pendant combien de temps elles vont obliger le créancier hypothécaire à s'arrêter dans ses poursuites, puis de se demander dans quel ordre elles doivent être accomplies.

Sur le premier point, — délai pendant lequel le commandement et la sommation vont efficacement suspendre les poursuites du créancier, — la réponse nous est fournie par l'article 2169 du Code civil : « Chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué trente jours après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur... » (Cf. trib. de Villeneuve-sur-Lot, 25 novembre 1892. — *Gazette du Palais*, 93, 1, 240).

Ce serait donc sans difficulté aucune, pendant un délai de trente jours, qu'il y aurait lieu, en se référant au texte précité, d'interdire au créancier hypothécaire de procéder à la saisie. Seulement, une difficulté sur ce point, peu grave à la vérité, a pu naître

du rapprochement d'un autre texte, l'article 2184 du Code civil qui prévoit, lui aussi, le délai en question, mais le détermine d'une autre manière. « Si le nouveau propriétaire, dit-il, veut se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre VI du présent titre, il est tenu, soit avant les poursuites, soit dans le mois au plus tard, à compter de la première sommation qui lui est faite, de notifier aux créanciers, etc... »

Voilà donc une disposition qui ne parle plus d'un délai de trente jours, mais d'un mois, ce qui, a-t-on dit, n'est pas la même chose ; y aurait-il antinomie entre l'article 2169 et l'article 2184 ?

On répond que lorsque le Code civil a été promulgué, le calendrier en vigueur était encore à cette date le calendrier républicain : or, dans ce dernier tous les mois ont une égale durée qui est de trente jours. Par conséquent, quand le législateur, après avoir parlé d'un délai de trente jours dans l'article 2169 fixait le même délai à un mois dans l'article 2184, il entendait bien ne dire qu'une seule et même chose. La substitution du calendrier grégorien au calendrier républicain n'a rien modifié à cette manière de voir et c'est encore dans ce sens qu'il faut envisager la difficulté toute apparente, on s'en rend compte, qui résulterait de la combinaison des deux textes précités. Au surplus, l'article 674 du Code de procédure civile a fixé d'une manière générale à

trente jours le délai qui doit s'écouler entre un commandement et une saisie immobilière.

Quel sera le point de départ de ce délai ? L'article 2169, par la façon dont il s'exprime, « trente jours francs après commandement... et sommation... » semble bien exiger qu'il s'écoule trente jours non pas seulement à partir de l'un de ces deux actes, mais depuis qu'ils auront été effectués tous les deux. C'est donc celui qui aura été accompli le dernier qui servira de point de départ au délai de l'article 2169.

Mais alors se pose la seconde question que nous avions prévue : dans quel ordre y a-t-il lieu pour le créancier hypothécaire d'accomplir la double formalité que lui impose la loi ?

En général, on admet que le commandement au débiteur personnel doit précéder la sommation du tiers détenteur. C'est un ordre logique. Le débiteur personnel est tenu envers le créancier à raison de l'obligation qu'il a contractée ; le tiers détenteur, lui, n'est tenu que *propter rem*. Et d'ailleurs, en présence du commandement qu'il aura reçu, le débiteur, voyant l'attitude énergique de son créancier, pourra tenter un dernier effort pour le désintéresser ; dans ces conditions, pourquoi faire d'autres frais, puisque toute poursuite va, par le paiement, se trouver arrêtée, et que le tiers détenteur sera mis à l'abri de l'expropriation forcée qui le menaçait ? En-

fin, le texte même de l'article 2169 est à l'appui de cette manière de voir, par l'ordre même dans lequel il énumère les formalités à accomplir.

Mais si l'on est d'accord pour décider que le commandement doit précéder la sommation, il n'en va plus de même sur le point de savoir si, lorsqu'une sommation a été faite au tiers détenteur sans être précédée d'un commandement au débiteur personnel il y a lieu d'en prononcer la nullité.

Beaucoup d'auteurs se prononcent en faveur de la négative (1). L'article 2169, disent-ils, n'est pas assez précis pour qu'on en puisse déduire la nullité d'une sommation que n'aurait point précédée un commandement. Il n'y a rien d'absolu dans l'ordre suivant lequel ces deux formalités doivent être remplies, et, s'il est logique de faire passer l'une avant l'autre, le commandement avant la sommation, il n'y a là rien d'obligatoire pour le créancier, la loi est satisfaite dès que le débiteur personnel et le tiers détenteur sont avertis des poursuites avant la mainmise qui doit conduire à la vente ; et, s'ils sont avertis l'un et l'autre, peu importe lequel l'a été le premier. La nullité ne saurait donc sanctionner un texte, l'article 2169, qui n'impose sur ce point aucune obligation.

La plupart des arrêts sont cependant en sens con-

(1) Grenier. *Op. cit.*, II, 341. — Troplong. *Op. cit.*, III, 791. — Taulier. *Op. cit.*, VII, p. 380. — Martou, III, 4267. — Pont, N° 4144.

traire, suivis d'ailleurs par une partie importante de la doctrine.

L'opinion d'après laquelle il n'y a pas matière à nullité, disent les auteurs de ce second système, conduirait en effet à des conséquences inacceptables. Si l'on se reporte à l'article 2183, on y voit que le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger trente jours après la sommation qui lui a été adressée; et c'est uniquement à raison de la déchéance de cette faculté que, aux termes de l'article 2169, il est permis de procéder contre lui par voie de saisie. Or, on ne peut admettre que le tiers détenteur perde le droit de purger, si le créancier hypothécaire ne peut pas saisir; ce qui arriverait cependant si le commandement pouvait être signifié après la sommation et pendant les trois années durant lesquelles celle-ci conserve son effet. Il faut donc conclure de ce raisonnement que la nullité s'impose si l'on ne veut pas tomber dans un manque de logique absolu.

D'un autre côté, ajoute-t-on, la sommation de payer ou de délaisser produit aux termes de l'article 2176 du Code civil, l'immobilisation des fruits de l'immeuble hypothéqué à compter de sa date; comment expliquer un pareil effet si, n'ayant pas été précédée d'un commandement, le créancier hypothécaire ne se trouvait pas en mesure de procéder à la saisie? « Ces observations, concluent Aubry et Rau, prouvent jusqu'à l'évidence, à notre avis, que le

législateur a considéré la signification d'un commandement au débiteur personnel comme le préliminaire indispensable de la sommation à faire au tiers détenteur et comme là condition essentielle de son efficacité » (1).

Persil, Duranton, Laurent, partagent cette manière de voir, que des arrêts nombreux ont aussi consacrée (2) : (Cass. 9 mars 1824. S. 25, 2, 336. — Toulouse, 29 juin 1836, S. 37, 29, et Cass. civ., 2 mars 1840, S. 48, 1, 345. — Nîmes, 10 décembre 1850, S. 51, 2, 205. — Nîmes, 28 janvier 1856, D. 56, 2, 99, S. 56. 2, 391. — Poitiers, 7 février 1883, D. 84, 2, 184, et Cass. civ., Paris, 1886, S. 87, 1, 149. — Cass. civ., 17 mars 1886, S. 86, 1, 207).

En faveur du premier système qui refuse de sanctionner l'article 2169 par la nullité, nous trouvons les auteurs cités plus haut Troplong, Taulier, Pont, Martou et quelques décisions de jurisprudence (Riom, 6 août 1842, S. 42, 2, 483. — Amiens, 15 janvier 1867, D. 49, 2, 203. — Bourges, 1^{er} mars 1893, D. 93, 2, 520).

Si, avec les partisans de la seconde théorie, on admet la nullité de la sommation qui n'a pas été précédée d'un commandement, quel caractère faut-il lui reconnaître ?

(1) Aubry et Rau, III, p. 437 et 287 texte et note 6.

(2) Persil, II, sur l'article 2169, n° 2. — Duranton, XX, n° 368. — Laurent, XXXI, n° 256.

C'est une nullité qui ne touche pas le fond du droit. Elle doit donc être, en tant que nullité de forme et aux termes de l'article 173 du Code de procédure, proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence (Cass. civ., 6 avril 1875, D. 75, 1, 247. — Cass. civ., 6 avril 1886, D. 87, 1, 68. — Cass. civ., 7 mars 1893, D. 93, 1, 156).

Il nous reste pour terminer avec l'étude du délai de trente jours pendant lequel le créancier hypothécaire qui a fait commandement et sommation ne peut agir contre le tiers détenteur en expropriation forcée, à déterminer le mode de calcul de ce délai. On ne comptera pas dans cette opération le *dies a quo*, jour où la sommation a été faite, ou — si l'on n'admet pas un ordre rigoureux dans l'accomplissement des deux formalités — celui où la dernière a été remplie. En agissant autrement, le tiers détenteur n'aurait pas, en effet, les trente jours que la loi lui accorde pour réfléchir. La même raison fera qu'on ne comptera pas le *dies ad quem*, c'est-à-dire le trentième jour, et que c'est seulement le lendemain de son accomplissement que le créancier hypothécaire pourra commencer sa poursuite en expropriation. Le délai de trente jours ne pourrait être prorogé par les tribunaux, (Trib. Lyon, 18 janvier 1882, *Mon. judic. de Lyon*, du 3 mars 1882. — Paris, 25 juin 1882, *Gazette du Palais*, 83, 1, 487. — Lyon,

21 janvier 1889, *Mon. judic. de Lyon*, du 26 avril 1890).

Aux termes de l'article 2176 du Code civil la sommation ne se périme que par trois ans. Aucune difficulté lorsqu'il ne s'agit que de la sommation proprement dite ; mais que décider, relativement à cette formalité, si le commandement lui-même se trouve périmé ? Cette péremption du premier acte de procédure va-t-elle avoir une influence quelconque sur la valeur du second ? Oui, a répondu la Cour de cassation : ce sont là deux actes inséparables l'un de l'autre, dont l'un sert de base à l'autre de telle sorte que le commandement venant à tomber, la sommation elle aussi tombe nécessairement (Cass. civ., 17 mars 1886, D. 86, 1, 340). La péremption du commandement doit donc entraîner comme conséquence nécessaire, la péremption de la sommation. Conclusion : celle-ci devra être réitérée avant la saisie de l'immeuble, et un nouveau délai de trente jours courra à partir de cette nouvelle sommation, au profit du tiers détenteur (1). (Limoges, 24 août 1821, S. 21, 2, 297. — Colmar, 4 février 1862, et Cass. req., 25 novembre 1862, S. 63, 1, 149. — *La loi* du 16 septembre 1890. — (Trib. de Nevers, 30 avril 1890).

Le système de la Cour de cassation apparaît comme

(1) En ce sens Guillouard. *Op. cit*, t. III, n° 1654.

assez critiquable. Il se heurte, en effet, semble-t-il, à une disposition formelle, celle de l'article 2176 du Code civil en vertu duquel la sommation conserve son effet propre pendant trois ans ; car c'est bien aller à l'encontre de ce texte, que de décider, avec les partisans de la première opinion, que le commandement n'ayant pas été suivi de saisie dans les quatre-vingt-dix jours de sa date, la sommation perd par elle-même toute efficacité.

Aussi est-ce pour répondre à cette objection que l'on a proposé une distinction quant aux différents effets de la sommation. Il y aurait lieu dans ce système de distinguer entre l'immobilisation des fruits et le droit de saisir.

Quant à l'immobilisation des fruits, la sommation conserverait son plein effet et cela en dépit de la péremption du commandement, pendant trois ans à compter de sa date.

Mais relativement au droit de saisir, la sommation n'aurait plus aucune valeur après la péremption du commandement et elle cesserait de faire obstacle à l'exercice, par le tiers détenteur de la faculté de purger.

Cette distinction est peut-être très subtile ; elle a le tort de ne reposer sur aucun fondement sérieux ; comment admettre avec quelque bons sens, qu'un acte périmé, par conséquent réputé non avenu, cesse de produire seulement partie de ses effets et conti-

nue d'avoir une certaine efficacité ? N'est-ce pas, comme le pensent la plupart des auteurs, beaucoup plus logique en même temps que plus conforme aux textes, de décider que la péremption du commandement ne doit avoir aucune influence sur la validité de la sommation, et que celle-ci continuera de produire tous ses effets pendant trois ans à compter de sa date ?

Telle est l'opinion de Troplong, Pont, Martou, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie (1) ; tel est aussi le sens dans lequel ont jugé plusieurs tribunaux, conformément à ce que, pour notre part, nous estimons être la solution la plus en conformité avec les textes et la logique (Poitiers, 27 novembre 1833, S. 34, 2, 166. — Paris, 23 janvier 1882, S. 83, 1, 71).

Un arrêt a même été plus loin ; mais alors nous pensons qu'il a dans un autre sens dépassé la mesure. La Cour de Poitiers en effet avait décidé que la sommation au tiers détenteur ne se périmait, quant au droit de saisir, que par trente ans (Poitiers, 21 juillet 1842, S. 44, 1, 285). Nous ferons à cette décision le même reproche qu'à ceux qui établissent la péremption de quatre-vingt-dix jours pour le droit de saisir et celle de trois ans pour l'immobilisation des fruits : c'est de faire une distinction sans motif

(1) Troplong, III, n° 790. — Pont, II, n° 1450. — Aubry et Rau, t. III, § 287, texte et note 12, p. 439. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2136.

et que rien n'autorise, que ce soit pour restreindre le délai à quatre-vingt-dix jours ou pour l'étendre au contraire à trente ans.

Une dernière question peut se poser relativement au commandement et à la sommation. C'est celle de savoir si ces deux formalités ne profitent qu'au créancier qui les a accomplies, ou bien si, au contraire, les autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble peuvent s'en prévaloir, lorsque le créancier qui les a remplies n'entame pas les poursuites qui devaient en être la conséquence logique ?

Martou enseigne sans distinction cette dernière opinion, se basant pour cela sur l'article 2167 du Code civil, qui donne à chaque créancier indistinctement, après trente jours à partir du commandement et de la sommation restés infructueux, le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur (1). Cela implique bien, dit-il, que le commandement et la sommation faits par un créancier profitent à tous les autres.

Toutefois, la solution contraire est généralement préférée, et elle semble, d'ailleurs, plus conforme aux principes que la précédente. Sans doute, la sommation de purger adressée au tiers détenteur est-elle une mise en demeure sur un droit commun à tous les créanciers inscrits : comme telle, son effet collec-

(1) Martou. *Privilèges et hypothèques*, nos 1270 et 1271.

tif se justifie aisément, et l'on conçoit qu'il n'y ait pas lieu de la réitérer (Paris, 17 mars 1896. *Pandectes françaises*, 96, 2, 262).

Mais il n'en est pas de même pour le commandement qui, de par sa nature, est un droit individuel au créancier, fait pour une somme et pour des causes qui lui sont essentiellement personnelles. Dans ces conditions, il est impossible de rendre commun à un créancier le commandement qui émane d'un autre, car si celui-ci a été payé après commandement pour une somme de 5,000 francs, comment ce commandement pourrait-il profiter au premier, créancier par exemple d'une somme de 20,000 francs ? D'ailleurs, l'article 2217 du Code civil semble bien être en opposition formelle avec le système indiqué plus haut.

Ce texte veut, en effet, que toute poursuite en expropriation d'immeubles soit précédée d'un commandement fait à la requête « du créancier ». Or ce créancier n'est pas celui qui se retire parce qu'on l'a payé, ou pour toute autre cause, mais bien le créancier qui fait vendre.

Enfin, l'opinion que nous discutons aurait comme conséquence d'introduire une sorte de subrogation dans les poursuites. Or, aux termes des articles 721 et 724 du Code de procédure, un tel genre de subrogation a bien été édicté en faveur des saisissants postérieurs à la transcription de la saisie, mais il ne saurait être, en l'absence d'un texte, étendu à une

hypothèse qui est toute différente. On conclura donc que si la sommation faite au tiers détenteur par un créancier profite, pour la raison que nous avons donnée, à tous les autres, le commandement, lui, acte essentiellement individuel, doit être réitéré en son nom personnel par tout créancier venant reprendre des poursuites qu'un autre a abandonnées.

TROISIÈME PARTIE

MOYENS DE DÉFENSE DU TIERS DÉTENTEUR

Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué a été touché par la sommation du créancier, et nous supposons qu'il n'a à se prévaloir, pour échapper aux poursuites de ce dernier, ni de l'inexistence ou de l'extinction de l'hypothèque, ni de la nullité de l'inscription, ni de l'inexigibilité de la créance, toutes hypothèses qui auraient pour conséquence, soit de le mettre à l'abri de toute action hypothécaire, soit de l'en préserver pour un certain temps.

Est-ce là les seuls cas dans lesquels le tiers détenteur aura des moyens à faire valoir contre le créancier qui le poursuit, ou bien n'y a-t-il pas d'autres circonstances encore où il lui sera possible de s'opposer à l'exercice de l'action hypothécaire ?

C'est ce que nous allons maintenant envisager en abordant l'étude de deux moyens de défense dont le tiers détenteur pourra, dans certains cas à déterminer, se trouver muni ; nous voulons parler de l'exception de garantie et de l'exception de discussion.

CHAPITRE I

DE L'EXCEPTION DE GARANTIE.

Le créancier hypothécaire qui exerce son action n'a qu'un but, c'est d'aboutir à l'expropriation de l'immeuble hypothéqué. Or on sait qu'en matière d'éviction, et d'après les principes généraux, celui qui doit la garantie ne peut évincer. Y aura-t-il donc des cas où un créancier hypothécaire, en vertu de ce principe, étant tenu à la garantie envers le tiers détenteur, pourra être repoussé par celui-ci au moyen d'une exception ? Sans aucun doute. Si par exemple le créancier qui exerce l'action hypothécaire se trouve être l'héritier du vendeur de l'immeuble, ou encore s'il a été caution de l'aliénateur, nul doute qu'il ne soit tenu personnellement à la garantie envers le tiers détenteur, et, comme tel, susceptible d'être écarté au moyen de l'exception que celui-ci fera valoir, cette exception n'étant qu'une application de la maxime : « *quem de evictio tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

Les auteurs et la jurisprudence ont adopté cette manière de voir (Troplong, III, n° 806, — Aubry et Rau, III, p. 443 § 287, — Pont, II, n° 1167, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2165, — Planiol, III, n° 3209, — Cf. Cass., 20 octobre 1897, *Gazette du Palais*, 10 novembre 1897).

Dans quelle mesure cette exception fera-t-elle obstacle à la poursuite hypothécaire ?

La réponse à cette question dépend du parti que l'on prend sur le point de savoir si, d'une façon générale, l'exception de garantie est ou non indivisible.

On sait qu'aujourd'hui la jurisprudence est définitivement fixée à cet égard (Cf. Cass. 8 novembre 1893, D. 96, 1, 417), et que son opinion est partagée par une doctrine presque unanime. L'exception de garantie est considérée comme indivisible, l'obligation qu'elle sanctionne — celle de ne pas troubler l'acheteur, — étant une obligation de ne pas faire, qui est indivisible.

Si donc, en matière hypothécaire, nous supposons par exemple, que le créancier a succédé au vendeur de l'immeuble, mais seulement pour partie, ou décidera qu'il se trouvera paralysé pour le tout dans l'exercice de son action hypothécaire, en vertu même de l'indivisibilité de l'exception qui sera opposée par le tiers acquéreur.

CHAPITRE II

DE L'EXCEPTION DE DISCUSSION

L'exception de discussion est celle par laquelle le tiers détenteur demande qu'avant de procéder à l'expropriation de l'immeuble qu'il a entre les mains, le créancier poursuive la vente d'autres immeubles hypothéqués, eux aussi, en garantie de la dette. Elle est prévue, à la différence de l'exception de garantie, par un texte formel, l'article 2170 du Code civil. Cette exception a été créée pour obliger le créancier à se faire payer autant que possible par son débiteur personnel lui-même, et éviter un circuit d'actions résultant des recours du tiers détenteur contre le débiteur pour rentrer dans ses fonds. C'est un tempérament apporté par la loi, dans l'intérêt de celui là et dans un but évident de simplification, au principe connu de l'indivisibilité de l'hypothèque. Pour que ce genre de défense trouve utilement son application, il faut supposer un créancier ayant une hypothèque générale. Il y a plusieurs immeubles affectés dont les uns se trouvent entre les mains du débiteur

personnel, les autres entre les mains d'un tiers qui, aux termes de notre étude, les aura acquis par vente de ce débiteur. La sommation du créancier atteint le tiers détenteur : elle le met en demeure de payer ou de délaisser, et le paiement dont il est question est un paiement intégral de la dette. Voilà donc un tiers détenteur qui n'est pas, par hypothèse, personnellement obligé au paiement de la dette, qui n'est tenu que *propter rem*, et qui va cependant être obligé de payer, lorsqu'il existe entre les mains du débiteur proprement dit d'autres immeubles également affectés à la dette et que le créancier pourrait tout aussi bien prendre comme but de ses poursuites ? Il y aurait là, semble t-il, quelque consécration outrancière du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. C'est ce que le législateur a voulu éviter en établissant dans l'article 2170, la possibilité, dans certaines conditions, pour le tiers détenteur poursuivi en expropriation forcée, de requérir la discussion préalable des autres immeubles affectés à la même dette, et qui se trouveraient entre les mains du principal ou des principaux obligés.

Ce n'est cependant pas à dire que le bénéfice de l'exception de discussion, si légitime qu'il paraisse, n'ait jamais rencontré que des approbations. Conservée par notre ancienne jurisprudence qui l'empruntait à la Novelle IV de Justinien, l'exception de discussion s'est trouvée un moment abolie par la loi du

17 brumaire an VII. Elle fut rétablie par notre Code civil. Par contre la loi belge du 16 décembre 1851 l'a supprimée. Enfin plusieurs auteurs en ont, dans notre pays même, réclamé l'abolition, sous prétexte que l'assimilation faite par le Code civil du tiers détenteur à la caution sur ce point, est inexacte (Rapport de MM. de Vatimesnil, Persil, Bethmont).

Quel est le caractère de l'exception de discussion ? Il suffit, pour répondre à cette question, de lire l'article 2170, lequel porte que pendant la discussion, il est sursis à la vente de l'immeuble hypothéqué. L'exception que nous étudions en ce moment est donc une exception simplement dilatoire. Par conséquent on en conclura qu'elle doit être proposée, en vertu de l'article 186 du Code de procédure, sur les premières poursuites et avant toutes défenses au fond. La seule question qui peut se poser est celle de savoir ce qu'il faut entendre par ces mots « premières poursuites », dans l'hypothèse qui nous intéresse. D'après quelques auteurs comme Troplong (1), l'acte qui constituerait les premières poursuites serait la sommation de payer ou de délaisser, parce qu'elle sert de point de départ à la poursuite en expropriation. Il nous semble plus exact de dire que, le créancier ne pouvant faire vendre l'immeuble que trente jours après la sommation, le tiers détenteur a toujours le

(1) Troplong, III, n° 801.

loisir, dans ce délai, de proposer la discussion, et que son exception ne sera couverte que par les poursuites subséquentes faites pour parvenir à la vente de l'immeuble hypothéqué. Plusieurs arrêts ont partagé cette manière de voir, et il résulte de leurs décisions que l'exception serait tardivement proposée seulement après l'apposition des placards de la saisie-immobilière pratiquée sur le tiers détenteur (Bourges, 31 décembre 1830, S. 31, 2, 265. — Toulouse, 30 avril 1836, D. J. G. V^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1932. Et parmi les auteurs, Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau, Pont, Persil).

Au surplus si les biens à discuter sont d'une insuffisance telle que le créancier ne puisse être utilement colloqué sur leur prix, l'exception ne peut même pas avoir l'effet dilatoire prévu par l'article 2170 ; elle doit être repoussée.. Comme l'a dit la Cour de Toulouse dans l'arrêt qui a tranché ce point de droit, si, d'un côté, le législateur a voulu que le tiers détenteur pût faire suspendre les poursuites à fin de vente dirigées contre lui en faisant discuter les biens du principal obligé, de l'autre, il n'a pu entendre que lorsque l'insuffisance des biens est évidente, il fût permis de multiplier les frais sans nécessité, de faire ainsi dévorer le gage des créanciers hypothécaires et de retarder le paiement de leurs créances sans aucune utilité, ni pour le débiteur ni pour le tiers détenteur. (Toulouse, 3 avril 1836. S. 37, 2, 23).

Toutefois, il est nécessaire, pour que l'exception de discussion soit refusée, que l'insuffisance des biens à discuter soit certaine et incontestablement établie par les circonstances.

Il faut, pour pouvoir opposer l'exception de discussion, être véritablement un tiers détenteur, c'est-à-dire n'être pas personnellement obligé au paiement de la dette. Ce point est accentué encore dans le texte de l'article 2170 qui s'exprime ainsi : « Néanmoins le tiers détenteur qui n'est point personnellement obligé à la dette... » On ne saurait être plus précis. D'ailleurs, accorder l'exception de discussion à un détenteur qui se trouverait, de par sa situation, obligé personnellement vis-à-vis du créancier, serait d'une inutilité manifeste, puisqu'il n'échapperait à l'action hypothécaire que pour subir l'action personnelle et y répondre sur tous ses biens, parmi lesquels se trouve précisément l'immeuble hypothéqué. Il suit de ce que nous venons de dire et du principe posé par l'article 2170, qu'au premier rang des personnes ayant, en qualité de tiers détenteurs, la faculté d'opposer l'exception de discussion, il faut ranger l'acquéreur à titre particulier de l'immeuble, et notamment celui qui l'a acquis par vente, aux termes de notre étude.

Dans cette hypothèse cependant, il pourra se rencontrer une situation quelque peu embarrassante. Nous voulons parler du cas où l'acheteur de l'immeuble hypothéqué aura, d'un autre côté, cautionné

la dette de son vendeur, le débiteur personnellement et principalement tenu vis-à-vis du créancier hypothécaire. Cet acheteur va, en effet, réunir deux qualités sur sa tête : 1^o celle de détenteur tenu hypothécairement; et, 2^o celle de débiteur personnel, car son engagement comme caution lui fait à son tour acquérir cette qualité.

Comme détenteur, il devrait pouvoir opposer l'exception de discussion ; mais aussitôt sa situation de débiteur personnellement obligé vient lui interdire d'user de ce bénéfice. Or n'est-ce point là un résultat choquant et illogique, puisque, aux termes de notre loi, s'il n'avait que l'une de ces deux qualités, s'il était, soit simple détenteur; soit simple caution, mais non pas les deux à la fois, il aurait toute facilité d'opposer l'exception de discussion ? (Art. 2170 et 2021 du Code civil).

C'est pour pallier à cette situation étrange que Colmet de Santerre propose d'étendre au tiers détenteur qui aurait cautionné la dette, le bénéfice de notre exception. Pour lui, l'article 2170 ne contredit nullement cette manière de voir. La caution en effet n'est pas le débiteur ; elle n'est pas tenue principalement, son obligation n'est qu'accessoire ; or l'article 2170, en opposant le débiteur personnel au débiteur hypothécaire, a dû songer au débiteur principal. Sans doute l'obligation dont est tenu le tiers détenteur en sa qualité de caution est-elle une obligation

personnelle, mais c'est une obligation personnelle amoindrie par le droit de demander la discussion. « Donc, conclut cet auteur, on peut dire que le détenteur n'est pas obligé personnellement tant qu'il existe des biens dont la discussion est possible, et par là, on échappe à l'application littérale de l'article et à la nécessité de priver du bénéfice de discussion un détenteur, en s'appuyant sur ce qu'il a une autre qualité qui implique elle-même droit à ce bénéfice. »

Cependant, quelque bizarre qu'apparaisse le résultat d'une application « littérale » de l'article 2170 et quelque regrettable que soit la législation à ce sujet, il ne nous semble pas possible d'adopter la solution proposée par Colmet de Santerre. Nous pensons plutôt avec Baudry-Lacantinerie que l'article précité, qui porte atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, est une disposition exceptionnelle qui, comme telle, doit être interprétée de la manière la plus restrictive. Or il n'y a qu'une personne à qui il accorde l'exception de discussion : c'est le tiers détenteur, autrement dit celui qui n'est pas personnellement obligé à la dette ; à cet égard, la loi est formelle, et elle ne fait aucune distinction entre le débiteur principal et le débiteur accessoire. Sans doute, la caution est bien un débiteur de cette dernière espèce ; cela n'empêche pas qu'elle soit un débiteur personnellement obligé à la dette, et cela suffit pour que, actionnée en qualité de tiers détenteur,

elle ne puisse, en vertu de l'article 2170, opposer l'exception de discussion.

A quels créanciers hypothécaires le bénéfice que nous étudions peut-il être maintenant opposé ? D'après l'article 2171 du Code civil, « l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ». On en déduira que seuls les créanciers ayant une hypothèque légale de l'article 2121 ou une hypothèque judiciaire peuvent se trouver forcés, par l'exercice de cette exception, à discuter les biens de leur débiteur. Par conséquent, un tiers détenteur qui aura acquis un immeuble grevé d'une hypothèque conventionnelle ne pourra opposer l'exception de discussion, ce genre d'hypothèques étant en principe soumis à la spécialité. Décider le contraire eût en effet abouti à limiter les sûretés en vue desquelles seulement le créancier a consenti à contracter. Comme le dit très clairement Pont : « Lorsque la stipulation affecte spécialement tel immeuble déterminé à la sûreté d'une obligation et fait de cet immeuble le gage direct du créancier, on ne peut enlever à ce créancier son gage spécial, ni le contraindre à discuter, même préalablement, d'autres biens que celui en considération duquel il a prêté, sans détruire la convention et fausser la loi des parties (1). »

(1) Pont, II, n° 1161.

Mais si une hypothèque conventionnelle porte exceptionnellement sur des biens à venir, appliquera-t-on la même solution ? Certains auteurs, comme M. Planiol, estime que la négative s'impose dans notre hypothèse, et qu'il faut alors accorder l'exception de discussion au tiers détenteur. C'est qu'en effet, disent-ils, une hypothèque conventionnelle de ce genre a beau être soumise à la nécessité d'inscriptions spéciales sur chaque acquisition nouvelle du débiteur, elle n'en est pas moins devenue générale par son titre constitutif ; donc en cette qualité, elle ne rentre pas dans les cas prévus par l'article 2171.

La plupart des auteurs estiment cependant que, même lorsqu'elle porte sur des biens à venir, l'hypothèque ne cesse pas d'être spéciale, en ce sens que les immeubles sont spécialement affectés au créancier au fur et à mesure qu'ils entrent dans le patrimoine du débiteur. Si, en effet, disent Aubry et Rau (1), on peut admettre qu'au point de vue de la réduction, l'hypothèque constituée dans les termes de l'article 2130 sur des biens à venir peut être assimilée à une hypothèque générale, « c'est que, d'après l'intention des parties, l'hypothèque sur les biens à venir ne doit, en pareil cas, que former le complément des sûretés nécessaires à la garantie de la

(1) Aubry et Rau, 5^e édit., t. III, § 287, p. 722.

créance. Tandis que, dans l'hypothèse dont il s'agit actuellement, ce n'est plus eu égard à l'intention des parties, mais uniquement d'après les dispositions légales relatives au bénéfice de discussion que la question doit être résolue ». (En ce sens, Baudry-Lacantinerie, Persil, Guillouard, Troplong, Pont (1). — En sens contraire, outre M. Planiol, Grenier et Tarrible) (2).

L'article 2171, nous l'avons vu, refuse l'exception de discussion au tiers détenteur lorsqu'il a en face de lui un créancier privilégié. Cette règle s'appliquera à tous les privilèges, même aux privilèges généraux de l'article 2101, si l'on admet qu'ils engendrent le droit de suite. Dans cette dernière hypothèse, on a peine, semble-t-il, à justifier le refus du bénéfice de discussion. Cependant, d'après Colmet de Santerre, voici ce qui semblerait avoir agi sur l'esprit du législateur (3). Le privilège est une hypothèque privilégiée ; il doit donc être traité en tous points comme l'hypothèque la plus favorisée ; car il serait incompréhensible qu'une certaine hypothèque eût des avantages que n'aurait pas le privilège. C'est préci-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2454. — Guillouard. *Traité des privilèges et hypothèques*, t. III, n° 1666. — Troplong, III, n° 808. — Persil, II, sur l'article 2171, n° 4. — Pont, II, n° 1161.

(2) Tarrible. *Répertoire* V° Tiers détenteur, § 8. — Planiol, III, n° 3212.

(3) Colmet de Santerre, IX, n° 151 bis, XIII.

sément pour éviter cette contradiction qu'il aurait fallu assimiler, quant au bénéfice de discussion, les privilèges généraux aux hypothèques spéciales.

Rentrent encore dans la catégorie de créanciers à qui l'exception de discussion ne pourra être opposée : 1° Les légataires exerçants l'hypothèque légale de l'article 1017 du Code civil : il s'agit là en effet d'une hypothèque spéciale ne portant que sur les immeubles de la succession. 2° les créanciers ayant une hypothèque légale de l'article 2121, mais qui a été restreinte par la convention des parties à certains immeubles limitativement désignés ; dans ce cas en effet, l'hypothèque est devenue spéciale, et rentre, comme telle, dans les termes de l'article 2171. Il y aurait lieu d'appliquer la même solution au cas d'hypothèques générales qui se sont trouvées réduites, soit au cours du mariage ou de la tutelle, soit aux termes des articles 2143 et suivants et 2161 et suivants du Code civil, après le jugement de condamnation, l'hypothèque légale ou judiciaire se trouvant alors spécialisée, et permettant, en cette qualité, d'opposer l'exception de discussion. Toutefois, si la réduction de l'hypothèque, dans toutes ces circonstances, avait lieu, non par voie de spécialisation, mais par voie de *dégrévement*, il semblerait préférable de décider que l'hypothèque a alors conservé son caractère de généralité, puisqu'elle continue de grever tous les immeubles qui peuvent advenir au débiteur

au fur et à mesure de ses acquisitions ; en conséquence, le tiers détenteur devrait être autorisé, en présence d'une hypothèque semblable, à opposer l'exception de discussion au créancier poursuivant. (En ce sens Pont, II, n° 1161 et Civ. rej. 14 novembre 1881, D. 82, 1, 168).

De quels biens un tiers détenteur qui jouit de notre bénéfice va-t-il pouvoir exiger la discussion ?

L'article 2170 du Code civil répond encore à la question en disant que le tiers détenteur non obligé personnellement à la dette peut s'opposer à la vente de l'immeuble hypothéqué qui lui a été transmis « s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés..... ». On voit donc, d'après la lecture de ce texte, que deux catégories de biens se trouvent exclus de la discussion : 1° les meubles, quels qu'ils soient, et : 2° les immeubles non hypothéqués à la dette.

Permettre en effet à ces sortes de biens de figurer dans la discussion, c'eût été compromettre les droits du créancier, puisqu'il ne pourrait figurer à la distribution des deniers ainsi réalisés qu'en qualité de créancier chirographaire, et n'obtenir de cette façon qu'un faible dividende, sans d'ailleurs que le tiers détenteur en retirât un profit sérieux.

Il faut en plus, on l'a vu, que les immeubles hypothéqués sur lesquels doit porter la discussion

se trouvent entre les mains du principal ou des principaux obligés. Il sera donc nécessaire d'être tout d'abord un obligé qui détient un des immeubles affectés à la sûreté des créances, c'est-à-dire une personne tenue personnellement au paiement de la dette. Il faudra, en outre, que les biens soient en la possession du « principal » ou des « principaux » obligés, ce qui comprend sans aucun doute le débiteur, les co-débiteurs solidaires, même les co-débiteurs conjoints; ce qui exclut, par contre, les tiers détenteurs d'autres immeubles affectés à l'obligation, comme encore le tiers qui, sans s'obliger personnellement, a donné une hypothèque sur un de ses immeubles pour sûreté de la dette d'autrui. En conséquence, le tiers détenteur actionné ne peut exiger que le créancier discute préalablement les immeubles qui se trouvent entre les mains de cette caution réelle et qui ont été affectés par elle à l'acquittement de l'obligation. Certains auteurs cependant, parmi lesquels Pont, estiment que dans ce cas, il faut considérer le tiers en question comme un obligé principal (1). « Si, dit cet auteur, son obligation n'est pas personnelle (ce qui d'ailleurs n'est pas à considérer dans ce cas particulier), du moins la spécialité de l'hypothèque dont son immeuble est grevé ne lui permet d'élever aucune objection contre le tiers déten-

(1) Pont. *Op. cit.*, t. II, n° 1163.

teur qui demande à le faire discuter ». Nous croyons cependant que l'opinion contraire est préférable, car l'immeuble seul répondant de la dette dans l'hypothèse envisagée, il est bien difficile de soutenir que la personne même des tiers est engagée (Bordeaux, 6 août 1833, Rép. Dalloz, V^o *Privilèges et Hypothèques*, n^o 193).

S'il en est ainsi, selon nous, vis-à-vis de la caution réelle, que décider relativement à la caution personnelle ? La question est controversée. Des auteurs, parmi lesquels Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau, Guillouard, Thézard, refusent de ranger la caution dont il s'agit dans l'expression employée par l'article 2170 (1). La caution, disent-ils, n'est pas en effet, un obligé principal, mais seulement un débiteur accessoire, qui n'est pas tenu pour lui-même ; et si, comme cela n'est pas contestable, les termes « le principal obligé » ne peuvent s'entendre que du débiteur lui-même, il est impossible d'admettre que le législateur ait voulu, en donnant au mot « principaux obligés » un sens plus étendu, y comprendre des personnes qui ne seraient pas tenues de la dette pour elles-mêmes.

A cette argumentation, on a répondu que si, à la

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n^o 2460. — Aubry et Rau, t. III, § 287, texte et note 20, p. 721. — Thézard, *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, n^o 168. — Guillouard, *Op. cit.*, t. III, n^o 1663.

vérité, la caution dans ses rapports avec le débiteur direct, doit être considérée comme un débiteur accessoire, il n'en va plus de même si on l'envisage par rapport au tiers détenteur ; dans ce cas en effet, il est vrai de dire qu'elle est elle-même débiteur principal ou principalement obligée par rapport au tiers détenteur, en sorte qu'aux termes de loi elle est admise à opposer l'exception de la discussion. Cette interprétation de l'article 2170 nous semble abusive ; pour y aboutir raisonnablement, il faudrait que le législateur eût formellement exprimé qu'« obligé personnel » et « obligé principal » avaient dans ce texte la même signification ; or c'est bien le contraire qui semble résulter, puisqu'il a pris soin d'employer successivement dans le même article ces deux expressions que l'on voudrait rendre synonymes (1).

Pour en terminer sur ce point, nous admettrons avec beaucoup de bons auteurs, que le tiers détenteur ne pourrait exiger la discussion d'immeubles litigieux, même s'ils remplissent les conditions de l'article 2170. A cela, deux raisons importantes qui justifient bien cette manière de voir : le créancier mis dans une pareille situation serait obligé d'introduire, avant toute vente, un procès peut-être long

(1) Voir en ce sens Troplong, t. III, n° 800 *bis*. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

et difficile ; et l'on ne peut guère penser que la loi ait voulu lui imposer une obligation de cette sorte. Puis, l'existence de l'hypothèque, condition essentielle de l'exception de discussion, est elle-même incertaine lorsqu'il s'agit d'immeubles litigieux. (En ce sens Baudry-Lacantinerie, Duranton, Troplong, Pont, Aubry et Rau, Colmet de Santerre (1). Et dans la jurisprudence Bordeaux, 6 août 1833, S. 34, 2, 151).

On est moins unanime sur le point de savoir si le tiers détenteur peut exiger la discussion d'immeubles situés en dehors du ressort de la Cour d'appel du lieu du paiement. Les uns estiment que la négative s'impose, par suite de la combinaison de l'article 2170 qui renvoie au titre « Du cautionnement », avec l'article 2023 d'après lequel la caution « ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur ». Nous croyons préférable, avec d'autres auteurs, de décider qu'on ne peut étendre à l'exception de discussion accordée au tiers détenteur les règles relatives au bénéfice de discussion

(1) Colmet de Santerre, IX, n° 151 *bis*, VII. — Pont, II, n° 1164. — Troplong, III, n° 801. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 8162. — Aubry et Rau, t. III, § 287, p. 722.

accordées à la caution. Sans doute, l'article 2170 du Code civil renvoie bien au titre du cautionnement pour l'observation des formes à employer; mais précisément, on ne peut pas dire que la désignation des biens à discuter soit une question de forme (En ce sens Baudry-Lacantinerie; Duranton, Thézard, Colmet de Santerre (1). En sens contraire, Persil, Troplong, Pont, Aubry et Rau) (2).

Nous venons d'indiquer par avance la façon dont la discussion doit être requise. C'est, aux termes de l'article 2170, « selon la forme réglée au titre du cautionnement ». On appliquera donc purement et simplement les articles 2022 et 2023 alinéa 1.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2163.— Thézard. *Op. cit.*, n° 468-3°. — Duranton, XX, n° 246.— Colmet de Santerre, IX, n° 451 *bis*.

(2) Troplong. *Op. cit.*, t. III, n° 801.— Persil, II, sur l'art 2170, n° 7.— Aubry et Rau, t. III, § 287, p. 72.— Pont, II, n° 4164.

CHAPITRE III

DE L'EXCEPTION A RAISON D'IMPENSES.

Dans notre ancien droit, à l'époque où, comme nous l'avons montré, l'action hypothécaire avait principalement pour but le délaissement de l'immeuble par le tiers détenteur, celui-ci, lorsqu'il avait fait sur le fonds hypothéqué des améliorations, pouvait opposer au créancier poursuivant une exception à raison de ce fait, et obtenir une indemnité pour les impenses que ces améliorations avaient nécessitées. « Le tiers détenteur, disait Pothier (1), ne peut être contraint à délaisser, qu'il ne soit remboursé des impenses, ou tout au moins que le créancier ne lui donne caution de faire monter l'héritage à si haut prix qu'il en soit remboursé sur le prix ». Le résultat de cette exception était en somme de conférer au tiers détenteur qui avait fait des impenses sur le fonds hypothéqué un droit de rétention. Il ne pouvait être contraint à délaisser tant que le montant de ses impenses

(1) Pothier. *Hypothèques*, nos 90, 93.

ne lui était pas remboursé ou tout au moins que le créancier n'avait pas donné la caution dont parle Pothier au passage que nous avons cité.

Aujourd'hui que le caractère de l'action hypothécaire a changé et que ce n'est plus le délaissement de l'immeuble qui en est l'objectif principal, quelle est la situation du tiers détenteur qui a fait des impenses sur le fonds ? Est-il comme autrefois muni d'une exception vis-à-vis du créancier poursuivant et peut-il arguer à son égard d'un droit de rétention ?

Il n'existe aucun texte à ce sujet dans notre législation actuelle, et c'est pourquoi des auteurs refusant au tiers acquéreur toute exception à raison d'impenses comme tout droit de rétention, enseignent, soit que ce dernier a un simple droit de créance ; soit qu'il a une sorte d'action de *in rem verso* qu'il peut exercer dans l'ordre par voie de distraction de la partie du prix correspondant à la plus-value ou au montant de ses impenses. (En ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Pont, Aubry et Rau, Thézard (1) ; et dans la jurisprudence : Cass. civ., 14 novembre 1881, S. 82. I. 257.)

Cependant, quelques auteurs comme Persil et Trolong ont soutenu que, si le tiers détenteur n'avait

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2171. — Pont, II, n° 1208. — Aubry et Rau, III, § 287, p. 445. — Thézard, n° 170-3°.

pas le droit de rétention, il avait au moins un *privi-lège* analogue à celui du créancier qui a fait des frais pour la conservation de la chose ou à celui des architectes ou entrepreneurs (1).

Enfin, un troisième parti dans la doctrine a été plus loin et accorde au tiers détenteur un véritable droit de rétention, qui l'autoriserait à refuser de livrer l'immeuble saisi à l'adjudicataire si le créancier ne consentait à le désintéresser par un prélèvement sur le prix. L'exception à raison d'impenses de l'ancien droit serait ainsi devenue le droit de rétention du droit moderne. (Planiol, Tarrible, Glasson (2). Cf. deux anciens arrêts l'un de la Cour de Pau du 9 août 1837, l'autre de la Cour de Douai du 18 mars 1840, S. 38, 2, 350.)

Il nous semble difficile de souscrire à ce système, comme à celui qui accorde au tiers détenteur un privilège du genre de celui que nous avons indiqué précédemment. D'une part, en effet, et en dehors du cas formellement prévu par un texte, même en admettant que ce droit de rétention existe toutes les fois qu'il y a *debitum cum re junctum*, nous nous trouvons ici en présence d'un texte, l'article 2175 qui se trouve l'exclure, puisqu'il accorde seulement

(1) Persil, II, sur les articles 2174 et 2175, n° 6. — Grenier, II, n° 335. — Troplong, III, n° 836.

(2) Planiol, II, 3222. — Tarrible. *Rep.* V° Privilèges, IV, n° 5. — Glasson. *Du droit de rétention*, p. 140.

au tiers détenteur une action personnelle en répétition. Et quant à l'exercice d'un privilège comme celui qu'accordait notre ancienne jurisprudence au tiers détenteur, on ne saurait aisément en parler ici en l'absence d'un texte formel à cet égard. Sans doute l'article 2102-3^e attribue bien un privilège à celui qui a « conservé » la chose, mais on ne peut l'étendre à celui qui a « amélioré » la chose, et d'ailleurs cet article est spécial aux meubles et ne saurait être étendu aux immeubles.

Comment donc le tiers détenteur recevra-t-il l'indemnité qui lui est due ? Simplement par l'insertion dans le cahier des charges d'une clause imposant à l'adjudicataire l'obligation de payer en sus de son prix la somme due au tiers détenteur, ou bien encore par la distraction de cette somme du prix d'adjudication. On déclare généralement dans le cahier des charges que l'adjudicataire prendra les lieux dans l'état où ils se trouvent, et qu'après l'adjudication il sera fait entre les parties estimation de la plus-value résultant des améliorations, et que le montant de l'estimation sera payé sur et en diminution du prix de l'adjudication par l'adjudicataire (Bourges, 3 février 1851, D. 55, 2, 16).

Il resterait à parler d'une exception que, comme l'exception à raison d'impenses, notre ancien droit accordait en certaines circonstances au tiers détenteur. Il s'agit du moyen connu sous le nom d'*exceptio*

tion de cession d'actions, qui, aujourd'hui encore, est exprimée et accordée par notre Code civil en matière de cautionnement, et décharge la caution, aux termes de l'article 2037, « lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier s'opérer en faveur de la caution. » Dans notre ancienne législation, pareil bénéfice était accordé au tiers détenteur, qui était admis à opposer l'exception de cession d'actions au créancier poursuivant, lorsque ce dernier avait rendu la subrogation impossible au tiers détenteur dans ses droits, ou porté atteinte à son efficacité, par exemple en renonçant aux autres sûretés attachées à la créance. Après avoir longtemps discuté sur le point de savoir si, en présence de notre Code, l'exception de cession d'actions peut encore être invoquée aujourd'hui en matière d'hypothèques, la doctrine et la jurisprudence se prononcent définitivement en faveur de la négative. (Dans le sens de l'affirmative : Cass. civ., 21 janvier 1815, S. 15, 1, 258. — Poitiers, 18 juin 1838. — Bastia, 20 février 1846, D. 46, 2, 109, et parmi les auteurs Toullier, Grenier (1). Depuis 1847, la jurisprudence s'est toujours prononcée pour le refus de l'exception de cession d'actions : Cass. civ., 22 décembre 1846, D. 47, 1, 15. — Cass. civ., 17 mars 1852, S. 52, 1, 427 et

(1) Toullier, VII, n° 472. — Grenier, II, n° 332.

sur renvoi, Aix, 24 mai 1853, D. 54, 5, 724. — Cass. civ., 18 mai 1854, S. 55, 1, 247. — Bourges, 11 juin 1855, S. 55, 2, 636. — Chambéry, 31 août 1861, S. 62, 2, 219. — Caen, 26 novembre 1870, S. 71, 2, 263. — Rouen, 7 mars 1903, D. 04, 2, 150, et parmi les auteurs, Murlon, Gauthier, Martou, Zachariæ, Rivière, Marcadé, Pont, Aubry et Rau, Thézard, Laurent, André, Baudry-Lacantinerie, Planiol (1).

Nous en avons ainsi terminé avec la troisième partie de notre étude. Maintenant que nous savons de quelle manière le créancier hypothécaire qui veut agir contre le tiers détenteur devra entamer ses poursuites et à quels moyens de défense de la part de ce dernier il pourra, selon les circonstances, se trouver exposé, il nous reste, dans une quatrième et dernière partie, à envisager la situation qui lui sera faite dans chacun des partis offerts par la loi au tiers détenteur en présence de l'action hypothécaire.

(1) Murlon. *Subrog.*, p. 528. — Gauthier. *Subrog.*, p. 513. — Martou, III, n° 1273. — Zachariæ, VII, p. 24, § 823. — Rivière. *Jurisp. de la C. Cass.* n° 603. — Marcadé, IV, sur l'article 1215. — Pont, II, n° 1668. — Aubry et Rau, III, p. 445 § 287, texte et note 30. — Thézard, n° 170-20. — Laurent, XXXI, n° 207. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2168. — Planiol, II, n° 3219.

QUATRIÈME PARTIE

DES DROITS DU CRÉANCIER

EN PRÉSENCE DE CHACUNE DES SOLUTIONS CHOISIES PAR LE TIERS DÉTENTEUR

Nous avons, dans notre troisième, partie envisagé l'hypothèse d'un tiers détenteur qui, touché par la sommation du créancier hypothécaire, avait une exception à faire valoir contre ce dernier. Nous allons supposer maintenant, soit que, dans cette hypothèse, l'exception a échoué, soit, purement et simplement, que le tiers détenteur est dépourvu d'un semblable moyen de défense. Dans quelle situation celui-ci va-t-il donc se trouver vis-à-vis du créancier poursuivant ?

Quatre partis lui sont offerts entre lesquels il peut librement choisir. Il a la faculté, en effet, soit de payer la dette hypothécaire, soit de délaisser l'immeuble, soit de recourir à la procédure de purge, soit enfin de se laisser saisir.

S'il opte pour la première solution, c'est-à-dire s'il désintéresse le créancier, toute procédure contre lui est terminée, il ne restera plus qu'à régler son recours contre qui de droit.

S'il se décide à délaisser l'immeuble, la procédure de la saisie suivra bien son cours, mais contre un curateur qui aura été nommé au bien abandonné.

S'il prend le parti de purger, c'est la procédure

spéciale de la purge qui remplacera la procédure de la saisie.

S'il se laisse enfin saisir, l'expropriation, au lieu d'être poursuivie sur un curateur comme dans l'hypothèse du délaissement, le sera contre sa personne même.

C'est chacune de ces solutions qu'il nous faut maintenant envisager en nous demandant quels sont les droits du créancier hypothécaire en présence du paiement, du délaissement, de la purge et de la saisie. Nous allons donc, dans quatre chapitres distincts, nous occuper successivement des questions que comportent ces quatre hypothèses.

CHAPITRE I

DES DROITS DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE EN CAS DE PAIEMENT DE LA DETTE.

Si nous nous reportons aux articles 2167 et 2168 du Code civil, nous y voyons cette situation expressément visée en ces termes :

« Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire (art. 2167).

« Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve » (art. 2168).

On voit même qu'à eux deux, ces articles renferment les trois hypothèses du paiement, du délaissement et de la purge.

Quant au paiement, ils sont formels. Le tiers dé-

tenteur qui veut payer — et nous verrons qu'il peut avoir intérêt à le faire, — doit payer tout ce qui est dû hypothécairement, c'est-à-dire le total des sommes inscrites, avec les intérêts que ces inscriptions garantissent, à quelque somme que le total puisse monter. C'est qu'en effet, le caractère d'indivisibilité de l'hypothèque permet au créancier hypothécaire de poursuivre l'expropriation de son gage tant que le paiement intégral de la créance n'a pas entraîné l'extinction de l'hypothèque. Ce créancier aura donc le droit de réclamer, non seulement le capital de la dette, mais encore les *intérêts* et les *frais* qui, en leur qualité d'accessoires, sont également garantis par l'hypothèque. Mais il faut bien reconnaître que, si le tiers détenteur est tenu de payer la dette hypothécaire pour sa totalité, il ne saurait l'être dans des limites plus étendues. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'il n'est lié au créancier que par un lien réel résultant de ce qu'il détient l'immeuble hypothéqué ; qu'aucune obligation personnelle du genre de celle du débiteur qualifié d'originaire par la loi ne pèse sur lui, et que, par conséquent, le lien réel en question étant rompu par l'extinction de l'hypothèque qui provient du paiement effectué par lui, le créancier hypothécaire ne saurait être autorisé à avoir vis-à-vis de lui des exigences plus considérables. En vertu de ce principe, on ne reconnaîtra au créancier hypothécaire, pour ce qui est des intérêts, le droit de les réclamer

au tiers détenteur, qu'en ce qui touche les intérêts garantis par les inscriptions prises au moment où son acquisition est transcrite. Pour le surplus, en effet, la créance, tout en restant hypothécaire, est une créance non inscrite ou une créance inscrite dans des conditions telles qu'elle ne peut être opposée au tiers détenteur, et il s'ensuit que le créancier ne peut en poursuivre le recouvrement contre ce dernier par l'exercice de son action hypothécaire.

Dans les mêmes conditions, le créancier qui a en face de lui un tiers détenteur disposé à effectuer le paiement, doit, aux termes de l'article 2167 précité, observer à son égard les termes et délais accordés au débiteur personnel, expression dans laquelle il faut faire rentrer même les délais de grâce, le texte ne distinguant pas. On décidera en sens contraire que le créancier pourrait, vis-à-vis du tiers détenteur, se prévaloir de la déchéance du terme encourue par le débiteur personnel dans les conditions prévues par l'article 1188 du Code civil (faillite ou diminution par son fait des sûretés affectées au gage du créancier).

Si le tiers détenteur n'effectue qu'un paiement partiel, se bornant à payer, suivant l'ordre des préférences, les charges hypothécaires dont l'immeuble se trouve grevé, dans la mesure de son prix d'acquisition, les créanciers plus éloignés qui n'ont pas été désintéressés conservent intact leur droit de pour-

suivre l'expropriation. Seulement le tiers détenteur va se trouver *subrogé* dans les droits de ceux qu'il a payés (art. 1251 du Code civil), et si les créanciers restants continuent les poursuites contre lui, il sera colloqué avant eux et rentrera de la sorte dans ses déboursés. C'est ce qui explique que, si son prix d'acquisition a été sensiblement égal à la valeur de l'immeuble, les créanciers non désintéressés ne trouveront pas d'intérêt à saisir ce dernier pour en provoquer l'adjudication ; dans cette hypothèse en effet, d'une vente aux enchères, il n'auraient guère de chance d'obtenir un prix supérieur ou même égal à celui payé par le tiers détenteur, et comme il faudrait tout d'abord l'employer, en vertu de la subrogation, à rembourser celui-ci, ces créanciers hypothécaires postérieurs par leur rang ne retireraient aucun profit véritable de la vente aux enchères qu'ils auraient provoquée.

Enfin, quels seront les cas dans lesquels il y aura avantage pour le tiers détenteur à recourir au paiement intégral de la dette hypothécaire ?

Cela pourra se rencontrer dans deux hypothèses distinctes :

I. — D'abord, quand les charges hypothécaires sont inférieures au prix d'acquisition ; car alors le tiers détenteur se libère envers son vendeur en payant les dettes que garantissait l'immeuble lors de son acquisition.

En pratique, lorsque le montant des sommes qui grèvent l'immeuble vendu est inférieur au prix de la vente, et que ces sommes ne sont pas encore exigibles, on insère dans l'acte de vente ou dans le cahier des charges la clause suivante :

Païement du prix.

« La présente vente est consentie et acceptée
« moyennant le prix principal de 70,000 francs sur
« lequel M. et M^{me} X... vendeurs chargent l'acqué-
« reur qui s'y oblige de conserver et payer en leur
« acquit à M. Z... propriétaire, demeurant à..... au
« profit duquel il est fait toutes délégations et indi-
« cations de paiement nécessaires, la somme de
« 40,000 francs due à ce dernier pour le montant du
« prêt qu'il a fait à M. et M^{me} X..., vendeurs, suivant
« acte reçu par M^e Y..., notaire, à..... le..... avec
« hypothèque sur l'immeuble vendu, la dite somme
« stipulée remboursable le 16 novembre 1914 avec
« faculté d'anticipation à compter du 16 novembre
« 1910 et production d'intérêts au taux de 4 fr. 50
« 0/0 par an payables les 16 février, mai, août et
« novembre de chaque année en l'étude du dit
« M^e Y... Les intérêts de laquelle somme seront à la
« charge de l'acquéreur à compter du..... L'acqué-
« reur fera ces paiements sur les simples quittances
« de M. Z..., hors la présence et sans le concours

« des vendeurs, et M. Z... aura le droit de consentir
 « tous désistements de privilège, hypothèque et
 « action résolutoire avec mainlevée de l'inscription
 « qui sera prise d'office lors de la transcription du
 « présent contrat pour raison de ladite somme de
 « 40.000 francs et de tous intérêts et accessoires ».

En vertu de cette clause, le tiers détenteur paiera aux créanciers hypothécaires la somme qu'il ont prêtée, et comme l'acte d'obligation permet aux emprunteurs de se libérer par anticipation, l'acquéreur pourra payer les créanciers avant le terme fixé sauf, bien entendu, à ajouter au montant de l'obligation l'indemnité qui a pu être stipulée en cas de remboursement anticipé.

II. — Puis, même au cas où les charges qui grèvent l'immeuble dépasseraient le prix d'acquisition, le tiers détenteur peut avoir avantage à recourir au paiement intégral de la dette hypothécaire. C'est lorsque la solvabilité de l'aliénateur — le débiteur personnel — est absolument certaine (car le recours en garantie mettra alors le tiers détenteur à l'abri), ou si l'effet de la subrogation¹ de l'article 1251-2° paraît devoir assurer le remboursement des fonds avancés.

Dans ce dernier cas, l'acte de vente de l'immeuble hypothéqué stipulera que le prix pourra en être payé soit directement entre les mains du vendeur, soit entre les mains des créanciers inscrits auxquels toutes

délégations et indications de paiement nécessaire auront été faites.

Dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 3-avril 1901 (D. 09, 1, 313) il a été décidé que l'acquéreur qui, dans ces conditions, a payé son prix aux créanciers inscrits, et qui, mettant en mouvement les droits de ces créanciers auxquels il était subrogé, a plus tard produit aux ordres ouverts sur le prix d'autres immeubles du vendeur, et obtenu une collocation à l'aide de laquelle il a recouvré tout ou partie des sommes versées aux dits créanciers, n'est pas libéré à l'égard de son vendeur.

CHAPITRE II

DROITS DE CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE EN CAS DE DÉLAISSEMENT DE L'IMMEUBLE.

Nous avons déjà dit, au sujet de la sommation adressée par le créancier hypothécaire au tiers détenteur, quelques mots concernant le délaissement, et nous avons eu l'occasion de signaler déjà la différence qui sépare à ce sujet notre législation actuelle de l'ancien droit. Jadis, l'action hypothécaire avait pour but essentiel et direct l'abandon de l'immeuble par le tiers détenteur ; c'était là un droit formel pour le créancier poursuivant, et, comme le disait Pothier : « c'est le délais qui est considéré comme l'objet des conclusions ; le paiement de la dette n'est qu'une faculté accordée au détenteur pour éviter le délais ». (Pothier. *Hypothèques*, n° 110).

Aujourd'hui, nous l'avons expliqué, et par suite d'un changement dont on ne peut guère apercevoir le point de départ, ce n'est plus le délaissement de

l'immeuble qui est visé en premier lieu par le créancier hypothécaire, et qui constitue la caractéristique du droit de suite ; celle-ci réside à présent dans la saisie pratiquée contre le tiers détenteur. Le délaissement n'apparaît plus, dès lors, que comme une solution pouvant encore offrir quelque utilité, mais loin de jouer, dans notre droit actuel, le rôle primordial que lui assurait notre ancienne législation.

Qu'est-ce donc en termes précis que le délaissement ? C'est, il ne faut pas le perdre de vue, un simple abandon de la possession. Et encore ne faut-il pas ici entendre le mot possession au sens juridique du terme. Il s'agit d'une simple possession *matérielle*, ce que Loyseau appelait l'occupation, ce que nous regardons aujourd'hui comme la détention. Ce jurisconsulte a d'ailleurs très nettement délimité la question en disant : « Il faut prendre garde que celui qui délaisse l'héritage pour les hypothèques ne quitte pas absolument la propriété et la possession d'icelui comme au vrai déguerpissement, ainsi seulement il en quitte la nue détention et occupation. » A cette époque, en effet, on distinguait à côté du délaissement par hypothèque, le déguerpissement, par lequel le propriétaire chargé du service d'une rente foncière s'en affranchissait en « déguerpissant ».

Le tiers détenteur n'étant tenu vis-à-vis des créanciers hypothécaires qu'à raison de sa détention, ainsi que nous l'avons expliqué plusieurs fois, peut

tout naturellement se soustraire aux poursuites en expropriation dirigées contre lui en abandonnant cette détention. Aussitôt le seul lien qui le rattachait au créancier hypothécaire tombe, et il se trouve affranchi de l'obligation *propter rem* qui pesait sur lui. Comme il faut bien alors que la poursuite en expropriation soit cependant continuée contre quelqu'un, on nomme un curateur à l'immeuble délaissé, et c'est dorénavant sur sa personne que vont s'effectuer les poursuites qui aboutiront à la saisie. On voit de suite quel peut-être, encore aujourd'hui, l'utilité restreinte du délaissement pour le tiers détenteur. Celui-ci, en recourant à ce procédé, évite de voir son nom figurer dans la procédure en expropriation et les conséquences fâcheuses pour son crédit qui pourraient résulter de cette publicité. Il se soustrait encore par là aux ennuis d'une longue procédure, et se trouve déchargé de l'administration de l'immeuble, laquelle peut entraîner sa responsabilité vis-à-vis du créancier hypothécaire. Pour toutes ces raisons, le tiers détenteur aura peut-être, encore à notre époque, recours au délaissement. On voit cependant, par les quelques explications que nous venons de donner, combien, dans l'état actuel de notre droit, cette solution est devenue subsidiaire et de peu d'intérêt véritable.

Nous avons vu plus haut quelles personnes pouvaient invoquer vis-à-vis du créancier hypothécaire

l'exception de discussion ; ce sont précisément les mêmes qui peuvent délaisser, et celles à qui le bénéfice de l'article 2170 est refusé n'ont pas davantage la faculté d'abandonner l'immeuble. C'est donc le tiers détenteur, et le tiers détenteur seul, qui pourra délaisser l'immeuble hypothéqué. Encore y aura-t-il des cas où il pourra se trouver accidentellement privé de cette faculté. Si, par exemple, notre acheteur doit encore sur son prix une somme suffisante pour désintéresser les créanciers, ceux-ci auront le droit de s'opposer au délaissement et de réclamer le paiement. Cela va de soi : le reliquat dû par le tiers détenteur sur son prix d'achat une fois versé aux créanciers hypothécaires, toute procédure sera terminée et l'acquéreur aura évité la saisie d'une façon beaucoup plus simple que par voie de délaissement. Il en serait de même dans tous les cas où, bien que le prix d'acquisition fût inférieur au montant des charges inscrites, les créanciers hypothécaires offriraient de s'en contenter, c'est-à-dire donneraient, moyennant le versement de ce prix entre leurs mains, mainlevée de toutes les inscriptions hypothécaires. (Cass., 1^{er} juillet 1850, D. 50, 1, 177 — S. 53, 1. 303).

Le créancier hypothécaire pourra encore exiger que le tiers détenteur renonce au délaissement s'il s'agit d'un acheteur qui s'est obligé envers lui à verser le montant du prix d'acquisition entre ses mains : il y a là en effet une obligation personnelle

qui naît à la charge du tiers détenteur, et lui enlève pour partie, la qualité qui seule, peut lui ouvrir la faculté de délaisser : celle de tiers détenteur non obligé personnellement. Si la clause dont nous venons de parler a été insérée sous forme d'une stipulation faite par le vendeur seul il y a là une stipulation pour autrui, et la faculté de délaisser dépend du caractère des poursuites dirigées contre le tiers détenteur.

Si les créanciers hypothécaires, en vertu de cette clause, agissent en paiement du prix contre l'acheteur, il y a alors de leur part exercice d'une action personnelle et non plus de l'action hypothécaire. Par conséquent il ne saurait y avoir lieu à délaissement⁽¹⁾.

La solution sera la même si, négligeant la clause insérée à leur profit, c'est par la voie de l'action oblique (article 1166 du Code civil) qu'ils agissent en paiement du prix promis par l'acheteur (Rouen, 12 juillet 1823, S. 25, 2, 324. — Paris, 2 mars 1833, S. 33, 2, 416, et Cass. civ., 9 mai 1836, S. 36, 1, 623. — Metz, 17 juillet 1867, D. 67, 2, 151). Mais s'ils ne voient dans la stipulation en question qu'une indication de paiement et si, se contentant de l'action hypothécaire, ils font simplement au tiers détenteur sommation de payer ou de délaisser, celui-ci pourra sans aucun doute recourir, s'il le désire, à l'abandon

(1) Aubry et Rau, III, p. 446, § 287.

de l'immeuble (Trib. civ. de Nevers, 24 novembre 1891, J. G. Supp. V^o *Priv. et hyp.*, n^o 1200).

A partir de quel moment le tiers détenteur va-t-il pouvoir délaisser, et jusqu'à quelle époque ?

Il est certain qu'il ne peut le faire avant d'avoir été touché par la sommation ; car en causant lui-même l'éviction, il se trouverait nanti d'un recours contre le débiteur personnel, recours que ce dernier aurait pu prévenir en se libérant de sa dette (1).

On est moins d'accord sur le point de savoir jusqu'à quelle époque le tiers détenteur conserve la faculté de délaisser l'immeuble. Dans le silence de la loi, disent les uns, il faut décider que, même après la saisie, et jusqu'à l'adjudication, le délaissement restera possible. C'est l'opinion d'un certain nombre d'auteurs, parmi lesquels Pont, Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau, Colmet de Santerre (2) ; c'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence (Paris, 10 janvier et 17 février 1853, D. 53, 2, 230. — Angers, 14 juillet 1855, D. 56, 2, 52).

On a soutenu inversement que le délaissement ne pourrait plus être effectué après les trente jours qui suivent la sommation, et cela, en vertu des articles 2168 et 2169 du Code civil combinés : l'un disant que

(1) Thézard. *Op. cit.*, 176.

(2) Pont, II, 4, 1186. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n^o 2191. — Aubry et Rau, t. III, § 287, p. 445. — Colmet de Santerre, IX, n^o 153 *bis*, II.

le tiers détenteur est obligé de payer toutes les dettes hypothécaires ou de délaisser, et l'autre que, faute par lui de remplir l'une de ces obligations, tout créancier a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué trente jours après commandement au débiteur originaire et sommation au tiers détenteur. Donc, trente jours après la sommation, les créanciers hypothécaires ayant le droit de poursuivre l'expropriation contre le tiers détenteur, il s'ensuit que ce dernier ne peut plus entraver l'exercice de ce droit par le délaissement de l'immeuble (1).

Enfin une opinion intermédiaire accorde au tiers détenteur la faculté de délaisser jusqu'à la saisie, mais pas au-delà (En ce sens Persil, Duranton) (2).

Les formes dans lesquelles doit être pratiqué le délaissement sont réglementées par l'article 2174 du Code civil. Le tiers détenteur doit en faire la déclaration au greffe du tribunal de la situation des biens, qui en donne acte. Cette déclaration est signée du délaissant ou de son fondé de pouvoir spécial assisté d'un avoué ainsi que du greffier. Signification du délaissement doit être faite au créancier poursuivant et au vendeur, avec, si ceux-ci n'acceptent pas le délaissement, sommation de se présenter au tribunal pour en voir donner acte (Bourges, 2 avril 1852, D. 54,

(1) En ce sens Laurent, t. XXXI, n° 278.

(2) Persil, II, sur l'article 2173. — Duranton, XX, n° 262.

5, 421. — Riom, 8 décembre 1852, D. 54, 5, 420). Le jugement qui donne acte du délaissement nomme un curateur à l'immeuble délaissé ; s'il n'y a pas eu de jugement, ce curateur est nommé « sur la pétition du plus diligent des intéressés » (art. 2174). C'est ce curateur qui va dorénavant figurer à la poursuite en expropriation, et c'est lui qui va se trouver chargé d'administrer l'immeuble délaissé.

Enfin on admet sans difficulté, et comme une conséquence de ce que le délaissement est, non pas un abandon du droit de propriété, mais un simple dépouillement de la possession au sens non juridique de ce mot, que jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur conserve la faculté de reprendre l'immeuble. C'est, au surplus, une hypothèse expressément visée par la loi dans l'article 2173-2° du Code civil. Le tiers détenteur devra donc seulement offrir aux créanciers la somme qui leur est due, et, en outre, les frais qu'ils ont déjà faits.

Il nous reste, en terminant, à envisager une hypothèse prévue dans la première partie de l'article que nous venons d'indiquer.

Parlant du délaissement, l'article 2173 *in princ.* dit en effet qu'il peut avoir lieu « même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement ». Pratiquement il y a lieu de supposer une hypothèque sur le point de s'éteindre par la prescription, et, pour

interrompre celle-ci, le créancier hypothécaire — qui ne peut procéder par voie de saisie parce que sa créance n'est pas exigible, — agissant contre le tiers détenteur en reconnaissance de l'hypothèque. Que cette reconnaissance soit volontaire ou forcée, le texte précité nous enseigne que le tiers détenteur n'en devient pas pour cela débiteur personnel de la dette et qu'il conserve intacte la faculté de délaisser.

CHAPITRE III

DROITS DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE EN CAS DE PURGE.

On sait en quoi consiste la formalité de la purge et quels avantages elle peut offrir au tiers détenteur. C'est un bénéfice légal mis à la disposition de l'acquéreur sur aliénation volontaire d'un immeuble hypothéqué — objet précisément de cette étude. — et qui lui permet d'affranchir cet immeuble des charges hypothécaires qui le grèvent, en offrant aux créanciers munis d'un droit d'hypothèque ou d'un privilège, la somme qui représente la valeur vraie du bien. Si cette somme n'est pas trouvée suffisante par les créanciers, ceux-ci ont le droit de requérir la mise aux enchères de l'immeuble en s'engageant à porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de la somme qu'avait primitivement offerte le tiers acquéreur. Tel est, résumé en quelques mots, le mécanisme de la purge et le résultat auquel cette procédure peut aboutir.

Quant aux avantages de la purge, ils sont bien

connus et suffisamment importants pour faire écarter les critiques doctrinales qui ont pu être adressées à cette institution. Le tiers détenteur y puise tout d'abord un intérêt considérable puisqu'il peut garder l'immeuble sans payer la totalité des créances ; le débiteur personnel, à son tour, trouvera plus facilement, grâce à la possibilité pour l'acquéreur de purger, à aliéner son immeuble quand il voudra s'en défaire ; et enfin, l'intérêt général, lui aussi, y trouvera son compte, par suite d'une plus grande facilité accordée par ce moyen à la circulation de la propriété immobilière. Quant aux créanciers hypothécaires, ils ne seront aucunement sacrifiés, puisque la purge leur assure une somme nécessairement égale à la valeur du bien et qu'ils obtiennent tout ce que leur gage pouvait leur assurer.

Nous ne pouvons ici, n'ayant pas à faire une étude approfondie et complète de la purge, nous étendre plus longuement sur le caractère de cette institution, ni retracer les phases de son histoire. Nous n'avons pas non plus à aborder un examen détaillé de ses rouages, mais seulement à envisager de quels droits jouissent les créanciers hypothécaires vis-à-vis du tiers détenteur lorsque celui-ci aura recours au procédé de la purge pour libérer son immeuble des charges qui le grèvent. Laissant donc de côté, comme étrangers à notre travail, les différents points de savoir quels biens sont susceptibles de purge,

quelles personnes peuvent purger, à quel moment et à quelle condition préalable la purge est possible, nous nous placerons en présence d'un tiers détenteur que nous supposerons remplir toutes les exigences légales nécessaires à l'accomplissement de cette formalité. Ce sera, par conséquent, le cas — et comme tel il rentre tout naturellement dans notre hypothèse, — d'un acquéreur de l'immeuble hypothéqué, mais que nous imaginons être, dans l'espèce, un acheteur. Ce dernier n'étant pas, nous le supposons, personnellement obligé à la dette ni garant de l'hypothèque, se trouvant encore dans le mois qui suit la sommation, et ayant enfin transcrit son titre d'acquisition, est placé dans les conditions requises pour pouvoir purger. Dans cette intention, il entame la procédure de purge proprement dite en faisant une offre aux créanciers, en même temps qu'il leur adresse une notification.

Quels seront vis-à-vis de ceux-ci les caractères de cette offre et de cette notification ? Quelle attitude ensuite ces créanciers auront-ils le droit d'observer en présence de cette double formalité ?

Tels sont les deux points sur lesquels nous devons porter notre attention, en insistant d'ailleurs plus particulièrement sur le second qui constitue véritablement, en cette matière spéciale de la purge, l'objet de notre étude.

L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué qui veut

purger fait donc en premier lieu une offre aux créanciers. En quoi consiste-t-elle ? Comme le tiers détenteur n'est tenu vis-à-vis d'eux que *propter rem*, à raison de sa détention, et que c'est, à proprement parler, l'immeuble lui-même qui répond de la dette en proportion de sa valeur, l'acquéreur qui veut purger satisfera aux exigences de la loi en offrant aux créanciers hypothécaires la somme qui, selon lui, représente cette valeur, c'est-à-dire son prix d'achat. Quand plusieurs ventes successives ont été effectuées et qu'elles n'ont pas été suivies de purge, c'est le prix de la dernière qui forme le gage des créanciers (Cass., 8 décembre 1897, *Le Droit* du 25 décembre 1897). Ainsi faut-il entendre l'article 2184 du Code civil lorsqu'il dit : « L'acquéreur... déclarera... qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence seulement du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. »

On voit, par la lecture de ce texte, que les créanciers dont la créance est arrivée à échéance ne sont pas les seuls qui ont le droit de se voir faire des offres ; ceux dont la créance n'est pas encore exigible jouissent du même bénéfice. En modifiant sur ce point la législation de Brumaire, d'après laquelle il fallait que les droits des créanciers fussent arrivés à échéance pour que l'acquéreur pût procéder aux offres, notre Code a voulu supprimer des retards,

hâter la liquidation et la libération de l'immeuble, et prévenir les embarras qu'un ajournement aurait engendrés. Il n'a pu le faire, on le voit, qu'en portant atteinte aux principes, et en risquant d'amener des paiements faits par anticipation contre le gré des créanciers. Il n'y a cependant pas là une règle d'ordre public, et l'on a pu juger que la notification faite à fin de purge par un acquéreur d'immeuble à un créancier hypothécaire, n'a pas nécessairement pour effet de rendre la créance immédiatement exigible quand elle est à terme (Bordeaux, 2 février 1892, D. 92, 2, 527).

L'offre devant être faite aux créanciers sans déduction ni réserves (Cass., 5 février 1900, D. 00, 1, 219. — Toulouse, 29 janvier 1896, *Gazette du Palais*, 5 juin 1896), ces derniers ne pourraient se voir opposer les stipulations de l'acte de vente par lesquelles les parties auraient dérogé aux règles légales des conditions d'exercice de la purge. Ainsi, l'acquéreur ne peut se prévaloir de la clause par laquelle il a été stipulé qu'une partie du prix se compenserait avec ce que le vendeur lui doit (Grenoble, 20 janvier 1894, D. 94, 2, 473. — Cass. civ., 5 février 1900, D. 00, 1, 219. — Cf. Dissertation de M. de Loynes sous l'arrêt de Grenoble précité. D. 94, 2, 473).

Et c'est pourquoi encore, aux termes de l'article 2184, l'engagement de l'acquéreur doit être pur

et simple. Lors même qu'il aurait obtenu de son vendeur un terme pour le paiement du prix, il doit offrir cette somme au créancier « sur-le-champ » ; autrement dit, il ne peut se prévaloir, en purgeant, du bénéfice qui lui aurait été primitivement accordé par le débiteur.

L'offre faite par le tiers acquéreur qui veut purger n'a pas besoin, pour être valable, d'être exprimée dans les termes de l'article 2184 ; il suffira que ce dernier déclare qu'il entend payer conformément à son contrat et suivant les prescriptions légales (Cass. req. 28 mai 1817, S. 18, 1, 297. — Contra : Caen, 17 juin 1823, S. 25, 2, 323).

Chacun des créanciers inscrits doit recevoir individuellement l'offre de l'acquéreur. On les connaîtra facilement en levant un état au bureau des hypothèques. Si l'un d'eux a été oublié, la purge, tout en restant valable à l'égard des autres, n'est pas réputée faite à son égard (Cass. 25 avril 1888, D, 89, 1, 112).

Il a été jugé, conformément à cette doctrine, que les notifications ne peuvent être faites en bloc et par une seule copie, même à des créanciers qui ont une créance commune, résultant d'un même titre, en vertu duquel ils ont conjointement pris une seule inscription, élu un seul domicile et adressé au tiers détenteur une seule sommation, ces circonstances n'empêchant pas leurs droits d'être distincts (Bour-

ges, 9 janvier 1857, D. 57, 2, 195). Toutefois il en serait autrement si les créanciers formaient un corps moral ou une union ayant un représentant.

L'offre enfin peut-être adressée, au choix du tiers acquéreur, soit au domicile réel du créancier, soit au domicile élu par celui-ci dans son inscription (Cass. 24 novembre 1884, D. 85, 1, 115).

Le tribunal civil de Marseille, dans un jugement du 4 février 1903, a jugé que les notifications devaient être faites au domicile élu (*Bull. de Jurisp. civile de Marseille*, 1903, 214).

Il faut remarquer, en dernier lieu, que les créanciers hypothécaires n'ont pas besoin d'accepter l'offre qui leur est faite en conformité de l'article 2184, pour que celle-ci devienne irrévocable. Il y a là, en matière de purge, une dérogation notable aux principes en matière d'offre et de publication, dérogation d'ailleurs nécessaire, comme le font très clairement remarquer Aubry et Rau, dans le cas où l'offre, ayant été faite avec faculté d'acceptation dans un certain délai, implique virtuellement l'engagement de la maintenir durant ce délai. Les créanciers jouissant, pour la repousser et surenchérir, d'un délai de quarante jours — ainsi que nous le verrons plus loin, — leur silence pendant cette période comporte de leur part acceptation de l'offre faite par le tiers acquéreur ; par conséquent, durant ce délai même, ils doivent être considérés comme acceptant,

aussi longtemps et par cela seul qu'ils n'ont pas manifesté une volonté contraire.

Telle est l'opinion partagée par la plupart des auteurs (1). Troplong cependant a soutenu un système contraire, d'après lequel le tiers détenteur pourrait, jusqu'à l'expiration des quarante jours donnés au créancier pour exercer la faculté de surenchère, se dédire valablement de son offre, à moins que ceux-ci ne l'aient expressément acceptée. Laurent a partagé cette manière de voir (2).

A l'offre, avons-nous dit plus haut, doit être jointe une notification. Cette dernière qui, aux termes de l'article 2184 du Code civil, doit être faite en même temps que l'offre, a pour but de fournir aux créanciers hypothécaires les renseignements qui leur sont nécessaires pour pouvoir opter en connaissance de cause entre l'acceptation de l'offre et la réquisition de mise aux enchères. L'article 2183 indique dans quelles formes la notification doit avoir lieu et ce qu'elle doit contenir : extrait du titre d'acquisition avec les énonciations indispensables détaillées par le texte précité ; certificat de transcription ; tableau sur trois colonnes se référant respecti-

(1) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 518. — Thézard, *Op. cit.*, n. 204. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2427. — Guillouard, t. III, n° 2044.

(2) Troplong, t. IV, nos 931 et 931 *bis*. — Laurent, t. XXXI, n° 473.

vement aux dates des hypothèques et des inscriptions, aux noms des créanciers et aux montants des créances inscrites. Nous n'insisterons pas autrement sur ces questions de forme. D'ailleurs, la notification devant être faite aux créanciers par le même acte que l'offre, nous appliquerons à la première tout ce que nous avons dit de la seconde relativement au lieu où elle doit être faite et à la personne des créanciers, à qui elle doit être adressée individuellement.

Si une irrégularité a été commise dans une notification, elle engendre une nullité, en admettant qu'elle empêche les créanciers d'avoir tous renseignements voulus pour exercer leur surenchère (Caen, 29 juin 1908, *Rec.*, Rouen et Caen, 1908, p. 160). Cette nullité est, du reste, relative, et ne peut être invoquée que par le créancier auquel la notification a été adressée. Ni les autres créanciers hypothécaires ni le vendeur ne seront admis à s'en prévaloir (Toulouse, 29 juin 1836, S. 37, 2, 27. — Trib. civ., Seine, 16 mai 1893, D. 93, 2, 553. — Orléans, 14 juillet 1846, D. 46, 2, 142. — Cass. civ., 9 novembre 1858, D. 58, 1, 440). D'ailleurs, cette nullité pourra être couverte par une renonciation, soit expresse, soit tacite. Mais le créancier ne sera plus admis à l'invoquer, s'il a poursuivi l'ordre sur le prix offert dans les notifications, de même que s'il a produit et demandé sa collocation dans l'ordre amiable ou judiciaire sans protestations ni réserves (Voir

pour la première hypothèse : Toulouse, 29 juin 1836, S. 37, 2, 27; pour la seconde : Cass. civ., 4 mai 1892, S. 92, 1. 575).

Il n'en serait pas de même si le créancier procédait à une réquisition de mise aux enchères; le délai qui lui est accordé pour cela étant assez restreint, on ne peut voir dans cette formalité de sa part que le désir d'éviter une déchéance, et non une intention de renoncer à la nullité. (Bordeaux, 8 juillet 1814, S. 15, 2, 6).

Il nous reste à dire quelques mots de l'hypothèse prévue par l'article 2192. c'est-à-dire du cas où le tiers détenteur a acquis pour un prix unique, soit des meubles et des immeubles, soit plusieurs immeubles dont quelques-uns ou l'un seulement d'entre eux étaient hypothéqués, ou étaient grevés d'hypothèques différentes. En présence d'une pareille situation, on recourt à une ventilation du prix total qui en opère la répartition ou la décomposition entre les différents immeubles hypothéqués compris dans l'acte d'acquisition. Cette ventilation faite par le tiers acquéreur peut être critiquée par les créanciers; elle peut l'être aussi par le vendeur qui, en faisant élever la somme offerte à la valeur représentative du bien, se libérera plus complètement de son obligation personnelle. Toutefois, pour ce qui est ici du droit des créanciers, il a été contesté, à l'aide de cet argument que ces derniers n'ont pas à se plaindre si

le prix offert dépasse la valeur de l'immeuble, et que s'ils le trouvent insuffisant, ils ont la faculté de surenchérir. La ventilation prescrite par l'article 2192 ne serait pas applicable au cas où l'une des parcelles aurait été acquise par l'exercice du droit de préemption sur un chemin rural déclassé, l'exercice de ce droit constituant une accession. (Trib. de Pont-l'Evêque, 23 janvier 1894, *Rec. arrêts*, Caen et Rouen, 94, 1, 133. — Caen, 22 octobre 94, eod. loc., 94, 1, 133. — Cass., 30 décembre 1895, D. 96, 1, 517.

Il est enfin évident que, s'il n'y a pas eu de ventilation, les notifications sont nulles. Il s'agit là d'une nullité qui ne pourra être invoquée que par les créanciers hypothécaires. On a soutenu (1) que les créanciers munis d'une hypothèque générale n'avaient même pas le droit de s'en prévaloir, parce qu'ils peuvent surenchérir sur l'ensemble des immeubles aliénés. Il vaut mieux, selon la majorité des auteurs (2) et avec la jurisprudence, décider que la ventilation n'ayant pas seulement pour but d'assurer l'exercice de la faculté de surenchérir, mais encore de prévenir les contestations auxquelles la répartition du prix aurait pu donner naissance lors de l'ouverture de l'ordre, la nullité des notifications décou-

(1) Dalmbert. *Op. cit.*, p. 223, note 3.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, no 2425. — Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 592. — Thézard, *op. cit.*, no 211. — Guil-louard. *Op. cit.*, t. IV, no 2130.

lant du défaut de ventilation est une nullité absolue et, comme telle, invocable par les créanciers munis d'une hypothèque générale aussi bien que par les autres. (Paris, 30 avril, 1853, D. 32, 5, 386. — Paris, 17 août 1859, D. 60, 5, 310. — Grenoble, 26 mai 1868, D. 69, 1, 465. — Chambéry, 28 novembre 1870, D. 72, 2, 78. — Nîmes, 17 novembre 1894, *Monit. judic. du Midi*, 16 décembre 1894).

Pour en terminer avec ce premier point relatif aux caractères proprement dits de l'offre et des notifications à fin de purge, il nous reste à envisager rapidement une question qui a fort divisé la doctrine et la jurisprudence. Elle peut se formuler ainsi : les créanciers hypothécaires ont-ils un droit exclusif aux intérêts du prix que le tiers acquéreur offre de leur payer ?

Certains arrêts ont répondu affirmativement, et décidé que le tiers détenteur était débiteur envers les créanciers hypothécaires des intérêts du prix, conventionnels ou légaux, du jour de la vente, alors même qu'il les aurait déjà payés au vendeur. Les intérêts, dit-on, sont l'accessoire du prix, et le débiteur ne peut, en quoi que ce soit, porter atteinte aux droits que le créancier tient de la constitution de l'hypothèque, qu'il s'agisse du capital ou qu'il s'agisse des intérêts qui en forment l'accessoire (Paris, 24 mai 1897. *Gazette des Tribunaux*, 7 juillet 1897).

Dans une théorie qui a le même point de départ,

c'est-à-dire qui reconnaît aux intérêts le caractère d'une charge accessoire du prix, Troplong a enseigné que les créanciers hypothécaires n'avaient un droit exclusif aux intérêts du prix qu'autant que ces derniers n'auraient pas été acquittés entre les mains du vendeur (1). Quelques anciens arrêts se sont prononcés dans le sens de cette doctrine (Amiens, 10 juillet 1824, S. 24, 2, 388.— Orléans, 11 janvier 1853, D. 54, 2, 170).

Ces deux manières de voir ont, semble-t-il, le tort de considérer que les intérêts sont une charge faisant partie du prix. Le prix est la représentation de la valeur de l'immeuble aliéné, et les charges qui en font partie sont les prestations supplémentaires promises par l'acheteur pour compléter cette valeur représentative. Au contraire, les intérêts sont la représentation des avantages qu'offre la jouissance de l'immeuble, et c'est pourquoi on ne peut raisonnablement pas les ranger au nombre des charges faisant partie du prix, et reconnaître aux créanciers hypothécaires un droit exclusif à leur égard (2).

Les partisans de la théorie qui ne voit dans l'offre du tiers détenteur qu'une simple pollicitation ne devenant définitive, selon le droit commun, que par l'acceptation des créanciers, en ont déduit, relative-

(1) Troplong, IV, nos 929 et 930.

(2) En ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, no 2243.

ment aux intérêts, un système d'après lequel les créanciers hypothécaires auraient droit aux seuls intérêts ayant couru depuis l'acceptation de l'offre. Cette doctrine, exposée par Laurent, Pont et Martou (1), ne nous semble pas acceptable, précisément parce qu'elle se rattache à cette idée déjà examinée que l'offre du tiers détenteur ne deviendrait définitive que par l'acceptation.

Aussi a-t-on proposé de dire que les créanciers hypothécaires ont droit aux intérêts du prix, à partir des notifications à fin de purge, précédées ou non d'une sommation de payer ou de délaisser, et — s'il n'a pas été adressé de notifications aux créanciers, — à partir de la sommation en question. Cette manière de voir repose sur cette idée que c'est seulement à la suite des notifications, si elles ne sont pas suivies de surenchère, que le droit des créanciers hypothécaires est transporté de la chose sur le prix ; et comme les intérêts sont l'accessoire du prix, il s'ensuit que jusque-là les créanciers hypothécaires ayant un droit qui ne portait pas sur les prix, ils ne pouvaient logiquement en avoir un qui portât sur les intérêts (2).

Cette opinion nous paraît méconnaître l'importance de la sommation de payer ou de délaisser. Il

(1) Pont, II, nos 1319-1337. — Laurent, XXXI, n° 464. — Martou IV, n° 4427.

(2) Colmet de Santerre, t. IX, n° 172 *bis* et Dalmbert, n° 125 *sexto*.

n'est guère contestable que celle-ci est un fait qui sert de point de départ à toute une procédure, et ce fait ne peut être effacé par les notifications à fin de purge.

Il paraît donc préférable de décider, conformément à une dernière opinion, qui triomphe d'ailleurs aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence (1), que le tiers acquéreur doit compte des intérêts de son prix aux créanciers hypothécaires à partir des notifications, s'il a devancé les poursuites des créanciers ; sinon, à partir de la sommation de payer ou de délaisser qu'il lui ont faite.

Les conséquences pratiques de ce système sont les suivantes :

1° L'acquéreur n'est pas tenu de rapporter dans l'ordre les intérêts échus antérieurement à la sommation de payer ou de délaisser ou aux notifications, lorsqu'il justifie qu'il n'en est point débiteur envers le vendeur, soit parce qu'il les a payés, soit parce qu'ils se sont compensés avec une dette dont le vendeur était tenu envers lui, soit parce qu'il en est libéré de toute autre manière (Cass. civ., 9 août 1859, D. 59, 1, 346. — Bordeaux, 21 février 1893, D. 93. 2. 361).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2434. — Aubry et Rau, III, p. 520, § 294, notes 41 et 42. — Guillouard, III, n° 1631. — Planiol, II, 3325. — Thézard, 204-205. — D. R. Sup. V° *Privileges et hypothèques*, n° 1363.

2° Les intérêts dus au vendeur au moment de la sommation ou des notifications ne doivent pas être attribués, comme accessoires du prix, aux créanciers hypothécaires, mais doivent être distribués au marc le franc entre tous les créanciers hypothécaires ou chirographaires de l'aliénateur. (Cass. civ., 1^{er} mars 1870, D. 70, 1, 262. — Cass. civ., 23 juin 1862, D. 63, 1, 243. — Cass. civ., 25 février 1863, D. 63, 1, 147 ; S. 63, 1, 65. — Lyon, 7 mai 1890, *Mon. judic. de Lyon* du 26 novembre 1890. — Trib. Trévoux, 20 décembre 1893, eod. loc., 4 juin 1894. — Grenoble, 20 janvier 1894, D. 94, 2, 473. — Cass. civ., 6 mars 1900, D. 02, 1, 305 ; S. 01, 1, 281).

On décidera de la même façon que les créanciers hypothécaires ne pourraient se voir opposer une clause de l'acte de vente par laquelle l'acheteur serait dispensé de payer les intérêts de son prix, à moins toutefois que l'effet de la dite clause ne soit limité à un temps fixé et déterminé par avance. Mais il faudrait alors que les notifications eussent porté la clause à la connaissance des créanciers hypothécaires (Cass. req., 24 mars 1841, S. 41, 1, 366. — Cass. civ., 24 novembre 1841, S. 42, 1, 383. — Cass. civ., 4 novembre 1863, D. 63, 1, 471 ; S. 64, 1, 121).

Ayant ainsi examiné quels caractères généraux devaient, à l'égard des créanciers hypothécaires, revêtir l'offre et les notifications du tiers acquéreur qui veut purger, il nous reste maintenant à nous deman-

der quelle peut être l'attitude de ces créanciers en présence de celle qu'a adoptée ce tiers détenteur. Autrement dit, lorsqu'ils ont été touchés par l'offre et les notifications, quels sont les droits dont la loi les investit ?

La grande faculté qui leur est accordée, c'est — nous avons déjà eu l'occasion de le dire incidemment au cours de cette étude, — un droit d'option. Deux partis leur sont offerts : ou bien ils peuvent se contenter de la somme que le tiers acquéreur leur propose, ou bien, au contraire, l'estimant insuffisante, ils peuvent, à certaines conditions, requérir la mise aux enchères de l'immeuble hypothéqué. C'est cette double hypothèse qu'il nous faut maintenant étudier en nous occupant successivement :

De l'acceptation des offres du tiers détenteur ;

De la réquisition de mise aux enchères.

§ 1^{er}. — *Acceptation des offres.*

Les créanciers sont donc libres d'accepter les offres du tiers détenteur si celles-ci leur paraissent suffisantes pour les désintéresser, ou même simplement s'ils estiment qu'elles représentent le juste prix de l'immeuble et qu'ils n'auraient aucune chance d'obtenir davantage par une mise en adjudication.

Ils pourront accepter expressément, c'est-à-dire en notifiant leur volonté à l'acquéreur ; mais, en pratique, ils acceptent tacitement, en laissant s'écouler sans donner de réponse, le délai de quarante jours que la loi leur accorde pour exercer leur option. Leur acceptation serait même forcée, s'ils avaient fait une réquisition de mise aux enchères, et que celle-ci fût frappée de nullité pour inobservation des formes prescrites. (Art. 2185 *in fine* du Code civil).

Dès que les offres des créanciers ont été acceptées, la valeur de l'immeuble est déterminée : c'est la somme offerte (Art. 2186).

Mais si, par hypothèse, il y a eu dissimulation d'une partie du prix, vont-ils pouvoir agir en vertu de l'article 1167 du Code civil et diriger l'action Paulienne contre les notifications et leur acceptation ?

Les auteurs sont divisés sur cette question. Un certain nombre, se basant sur ce que les créanciers — lorsque le tiers acquéreur veut retenir l'immeuble en le libérant, — ont alors droit à la totalité du prix, représentation de leur gage, décident que, du moment qu'une portion de ce prix a été dissimulée, les créanciers restent libres, en dépit de l'acceptation des offres, d'invoquer à leur bénéfice l'action Paulienne (1). Cette manière de voir a été partagée par un certain

(1) Troplong, IV, n° 957. — Aubry et Rau, III, p. 533 § 294. — Pont, II, n° 4331.

nombre de décisions jurisprudentielles (Limoges, 11 juin 1812, S. 15, 2, 111, et Cass. req. 11 janvier 1815, S. 15, 1, 251. — Limoges, 21 décembre 1822, S. 23, 2, 300. — Cass. req. 14 février 1826, S. 26, 1, 342. — Bourges, 24 janvier 1828, S. 29, 2, 335. — Cass. req., 19 août 1828, S. 28, 1, 425. — Cass. req. 2 août 1836, S. 36, 1, 657. — Riom, 15 janvier 1839, S. 39, 2, 481. — Bordeaux, 14 janvier 1873, D. 75, 2, 18. — Cass. req. 10 février 1878, D. 78, 1, 291).

Inversement, on a soutenu que l'action Paulienne ne pouvait être dirigée contre l'offre et son acceptation. Qu'elle le soit contre la vente faite en fraude des droits des créanciers par leur débiteur, rien de plus logique ; mais alors, dit-on, l'aliénation tombe, et la purge disparaissant avec elle, les créanciers agiront maintenant contre leur débiteur personnel par voie de saisie. Toute autre est la situation s'il s'agit de critiquer par l'action Paulienne l'offre et les notifications ; car l'article 1167 permet bien d'attaquer des actes provenant du débiteur, mais non pas ceux qui sont l'œuvre d'un tiers, comme dans le cas présent où les notifications émanent d'un tiers détenteur. Conclusion : il faut dire que les créanciers ont été victimes d'une erreur résultant de la dissimulation commise dans l'aliénation ; que cette dissimulation est un acte illicite dont l'acquéreur doit réparation ; et que cette réparation aura lieu vis-à-vis des

créanciers hypothécaires par le versement entre leurs mains de la portion du prix dissimulée (1). (Poitiers, 24 juin 1831, S. 31, 2, 384. — Bordeaux, 28 mai 1832, S. 32, 2, 626. — Paris, 8 février 1836, S. 36, 2, 258. — Cass. 29 avril 1839, S. 39, 1, 635. — Cass. req. 27 novembre 1855, D. 56, 1, 27. — Cass. civ., 21 juillet 1857, S. 58, 1, 103).

Un troisième système, dans lequel il y aurait lieu de distinguer entre l'acceptation expresse et l'acceptation tacite, ne paraît pas, en raison même de cette distinction, que rien ne justifie, avoir rallié un grand nombre de suffrages. « Si le créancier, dit Dalmbert, avait expressément accepté les offres, il serait irrecevable dans sa demande. L'intérêt, en effet, est la mesure des actions, et l'action paulienne d'ailleurs suppose un préjudice. Or, par suite de l'acceptation expresse des offres, le créancier a fait voir qu'il n'en éprouvait aucun. Mais lorsque l'acceptation des offres est *tacite*, qu'elle résulte de l'expiration du délai de quarante jours, le silence du créancier prouve bien une négligence de sa part, mais n'implique nullement un aveu que l'aliénation ne lui est pas préjudiciable » (Dalmbert. *Traité de la purge des privilèges et hypothèques*, n° 134).

L'offre du tiers détenteur une fois acceptée par les

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2486. — Aubry et Rau, III, p. 533 § 294-3°. — Troplong, IV, 957.

créanciers hypothécaires, la procédure de purge est terminée. Mais la purge elle-même ne l'est pas. Aux termes de l'article 2186 du Code civil, l'immeuble ne sera définitivement libéré des charges qui le grèvent que par le paiement ou la consignation du prix (Cass. civ., 24 août 1847, D. 47, 1, 329. — Nîmes, 20 août 1856, S. 57, 2, 51. — Cass. Req., 23 novembre 1885, D. 87, 1, 213).

Le tiers acquéreur pourra payer sans crainte entre les mains des créanciers, si ceux-ci sont tous d'accord sur leurs droits et leur rang respectifs. Dans le cas contraire, s'il y a des contestations sur la répartition de la somme due, il sera plus prudent pour lui, — pour ne pas s'exposer à payer deux fois — de consigner la somme qu'il offre, c'est-à-dire, dans l'espèce, le prix (Besançon, 11 février 1896, *Journ. conservat. des hypothèques*, 1896, p. 292).

La consignation, on le voit, est toute facultative pour le tiers acquéreur. Cependant, les parties pourraient déroger à cette règle et les créanciers n'accepter l'offre du tiers détenteur que sous la condition qu'il ne consignera pas. L'interdiction de consigner pourrait aussi résulter d'une clause de l'acte par lequel le tiers acquéreur est devenu propriétaire. Toutefois, cette clause devrait être précise et formelle, car elle emporterait de la part de l'acquéreur, renonciation à un droit, et les renonciations ne se présument pas ; et la simple convention que l'acqué-

reur paiera son prix de vente entre les mains des créanciers inscrits après l'accomplissement des formalités hypothécaires ne fait pas obstacle à ce que cet acquéreur se libère par la consignation de son prix.

Mais si les créanciers redoutent l'insolvabilité du tiers acquéreur, vont-ils pouvoir le forcer à consigner son prix ?

Non, ont répondu certains auteurs, le tiers détenteur n'est jamais obligé de consigner ; car lors de la loi du 21 mai 1858, relative à l'ordre entre les créanciers et devenue le titre quatorzième de notre Code de procédure civile, le Corps législatif a rejeté l'article 776 du projet qui rendait la consignation obligatoire ; et quant à l'article 777, il ne parle aucunement de la faculté qu'auraient les créanciers d'exiger la consignation.

Cette opinion, soutenue par des auteurs comme Laurent, se trouve combattue par deux autres systèmes qui aboutissent à un même résultat à l'aide de deux raisonnements différents (1).

Dans l'un, enseigné par de Pont, on fait remarquer que le silence de l'article 777 du Code de procédure civile n'équivaut pas à une dérogation aux principes du droit commun ; or d'après le droit commun, en attendant que les créanciers puissent recevoir et pour-

(1) Laurent, t. XXXI, n° 562 *bis*.

suivre leur paiement, ils peuvent prendre toutes les mesures conservatrices qu'ils jugent utiles : au nombre de ces mesures figurera la consignation du prix (1).

Aubry et Rau et Baudry-Lacantinerie (2), pour arriver à une conclusion identique, c'est-à-dire accorder aux créanciers hypothécaires le droit d'exiger la consignation, repoussent ce raisonnement et ont recours à une autre explication. Pour ces auteurs, la consignation est plus qu'une mesure conservatoire, et c'est ce qui les empêche d'adhérer au système précédent. Mais ce que l'on peut dire, c'est que le tiers acquéreur ayant pris l'engagement d'acquitter de suite les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, c'est cet engagement dont les créanciers hypothécaires pourront poursuivre l'exécution en demandant la consignation du prix, pour se soustraire aux risques d'insolvabilité du tiers acquéreur (Caen, 29 avril 1864, S. 65, 2, 73).

En exposant cette manière de voir, nous avons incidemment déterminé la situation dans laquelle se trouve le tiers détenteur dont les offres ont été acceptées par les créanciers hypothécaires. Il a pris, avons-nous dit, un engagement vis-à-vis d'eux : celui d'acquitter de suite les dettes hypothécaires

(1) Pont. *Op. cit.*, t. II, n° 1336 bis.

(2) Aubry et Rau, t. III, § 394-3, note 100, p. 532. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2489.

jusqu'à concurrence de son prix. Par l'acceptation de son offre, il devient donc tenu personnellement envers les créanciers, qui peuvent le poursuivre en exécution de son offre sur tous ses biens (Trib. civ. de la Seine, 16 mai 1893, D. 1893, 2, 553). Il y a lieu seulement de remarquer que la convention qui est intervenue entre le tiers acquéreur et les créanciers hypothécaires n'entraîne pas novation du titre de ce tiers, qui s'oblige bien personnellement vis-à-vis de ces derniers, mais en sa qualité de tiers détenteur, et conserve, comme tel, le droit de discuter les hypothèques prétendues par les créanciers.

§ 2. — *Réquisition de mise aux enchères.*

Nous venons d'examiner les droits des créanciers vis-à-vis du tiers acquéreur lorsqu'ils avaient accepté les offres faites par celui-ci, et nous avons vu dans quelles circonstances il y aurait intérêt pour eux à se contenter de cette solution. La loi ne pouvait pas ne pas tenir compte des hypothèses probables où l'acceptation des offres du tiers détenteur par les créanciers serait au contraire pour eux une cause de perte notoire, et c'est dans l'éventualité d'une semblable situation qu'elle a institué la seconde alternative offerte aux créanciers hypothécaires : la

réquisition de mise aux enchères de l'immeuble hypothéqué.

C'est ce que prévoit l'article 2185-1° du Code civil : « Lorsque le nouveau propriétaire a fait cette notification dans le délai fixé, tout créancier, dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques ».

Si donc les créanciers hypothécaires estiment que les offres du tiers acquéreur sont inférieures à la valeur vraie de l'immeuble, et s'ils espèrent qu'une vente sur adjudication leur rapportera davantage, ils n'ont qu'à repousser ces offres et à requérir, dans les conditions déterminées par la loi, la mise aux enchères du bien hypothéqué. Tout créancier inscrit peut requérir la mise aux enchères de l'immeuble hypothéqué (Aix, 22 novembre 1907. *La Loi*, 1908, p. 201).

Mais si tout créancier inscrit peut requérir la mise aux enchères, cette faculté n'en est pas moins subordonnée à la validité de son titre. Si donc l'hypothèque d'un créancier est devenue sans cause, l'acquéreur peut s'opposer par toutes voies de droit à ce que le créancier exerce une surenchère (Bordeaux, 17 juin 1905, *Rép., Bordeaux*, 06, 1, 124). De la sorte, les créanciers hypothécaires sont complètement à l'abri des fraudes possibles de la part du débiteur et du tiers acquéreur, et si la vente aux enchères ne rapporte pas la somme qu'ils escomptaient, du moins

n'auront-ils, en épuisant les moyens légaux, à s'en prendre qu'à eux des frais que leur décision aura entraînés. Cette perspective, d'ailleurs, d'un résultat incertain et de frais importants occasionnés par la réquisition de mise aux enchères de l'immeuble, fera très souvent réfléchir les créanciers qui préféreront alors se contenter des offres du tiers détenteur — même si elles sont un peu inférieures à la valeur de l'immeuble — à l'aléa d'une procédure qui leur occasionnerait peut-être surtout des débours. Au surplus, il sera rare que les offres du tiers acquéreur soient insuffisantes, car la perspective de la mise aux enchères et de l'éviction qui en pourrait être la conséquence, suffira pour empêcher ce dernier d'offrir une somme notoirement inférieure à la valeur de l'immeuble. Il s'ensuit des explications que nous venons de donner que, dans la pratique, les créanciers useront assez peu souvent du droit que leur confère l'article 2185-1° du Code civil, et qu'ils n'y auraient un véritable avantage que dans le cas où l'écart entre la valeur vraie de l'immeuble et la somme offerte par le tiers acquéreur atteindrait des proportions déjà considérables (20 à 25 0/0).

Toutefois, c'est pour éviter, d'une part, que les créanciers hypothécaires soient tentés de requérir avec trop de facilité la mise aux enchères, et, en second lieu, que celle-ci aboutisse à un résultat complètement négatif, — double circonstance qui se

serait certainement produite, — que l'article 2185 a exigé que le créancier qui use de cette faculté, s'engage à prendre l'immeuble pour une somme plus forte que la somme offerte, si personne ne se présente pour l'acheter le jour de l'adjudication. Cet engagement du créancier hypothécaire, c'est la surenchère, et la somme dont il doit surenchérir étant d'un dixième en sus du prix offert, l'opération dont il s'agit est connue sous le nom de *surenchère de dixième*. On sera sûr ainsi que la vente aux enchères aura quelque utilité, et l'on n'aura pas à appréhender que les créanciers hypothécaires soient trop facilement enclins à repousser les offres du tiers détenteur.

La surenchère, telle qu'elle résulte de notre Code, doit porter sur le prix, c'est-à-dire non seulement le prix proprement dit, mais encore les charges qui en font partie. En outre, elle doit être, comme l'offre, pure et simple.

Nous n'avons pas à nous demander ici quelle capacité est requise pour pouvoir surenchérir. Il y a à ce sujet tout un ensemble de questions complexes et délicates qui ne rentrent pas dans le cadre de notre étude, puisqu'elles ne visent pas directement les rapports du créancier hypothécaire avec le tiers acquéreur. Nous n'envisagerons pas non plus, en dehors des quelques explications indispensables que nous avons données, les obligations qui pèsent sur le créancier hypothécaire qui requiert la mise aux en-

chères de l'immeuble, comme celle de donner caution : c'est là, en effet, un ordre d'idées ne rentrant pas dans le cadre de notre travail qui a pour objet l'étude des droits conférés par le droit de suite au créancier hypothécaire.

Les formes de l'acte de sommation nous resteront également étrangères, et nous dirons seulement que la loi accorde aux créanciers, pour surenchérir, un délai de quarante jours à compter de la notification faite par le tiers détenteur (Art. 2185 du Code civil).

Mais si, d'après le plan que nous nous sommes tracé, il y a lieu de laisser tous ces points dans l'ombre, par contre, devons-nous considérer avec quelque attention les effets que va produire vis-à-vis du tiers détenteur une réquisition valable de mise aux enchères faite par un créancier hypothécaire.

La réquisition de mise aux enchères aboutit à la vente du bien surenchéri. Cette vente a lieu, selon l'article 2187 du Code civil, dans les formes établies pour les expropriations forcées, c'est-à-dire conformément aux articles 836 à 838 du Code de procédure civile.

Cependant, comme le tiers détenteur, jusqu'au moment de l'adjudication sur surenchère, continue d'être propriétaire de l'immeuble surenchéri, il pourra empêcher la vente du bien en payant tous les créanciers inscrits (ou en consignant) et en acquit-

tant les frais de la surenchère (Cass. civ., 3 février 1808, S. 08, 1, 129. — Orléans, 26 janvier 1843. *Rép. Dalloz*, V^o Surenchère, 264-2^o).

Comme propriétaire de l'immeuble, il supporte encore, jusqu'à l'adjudication, la perte ou les détériorations qui se sont produites depuis la surenchère, et il y a lieu alors de décider, comme le faisait déjà Pothier, que le créancier surenchérisseur a le droit de rétracter sa surenchère. Celle-ci constituait une promesse d'acheter, dont son auteur se trouve libéré par cela seul que l'exécution en devient impossible sans que ce soit de son fait ni par sa faute (1). (Cass. civ., 12 février 1828, S. 28, 1, 147. — Bordeaux, 21 juillet 1830, S. 30, 2, 376).

Si le tiers acquéreur n'arrête pas les poursuites par le paiement, la vente aux enchères a lieu sur le prix fixé par la surenchère. Que va-t-il se produire alors ? Ou bien c'est l'acquéreur, jusque là tiers détenteur, qui va se porter adjudicataire ; ou bien au contraire c'est un tiers, créancier surenchérisseur ou personne quelconque, au profit de qui l'adjudication va être prononcée.

Dans la première hypothèse, il n'y a aucun déplacement de la propriété puisque, ainsi que nous l'avons signalé, c'est le tiers détenteur qui est resté

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n^o 2493. — Thézard, *Op. cit.*, n^o 209. — Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533 et 534.

investi jusqu'à l'adjudication. Il ne fait donc à ce moment que consolider son droit, confirmer son contrat primitif avec le débiteur. Seulement, comme il a dû, pour parvenir à ce résultat et conserver l'immeuble, faire de nouveaux frais, il a, vis-à-vis de ce dernier, des recours dont nous n'avons pas d'ailleurs à nous occuper dans notre étude. (Art. 2191 du Code civil).

De toutes façons, les créanciers hypothécaires ont atteint le but qu'ils se proposaient, et ils vont toucher une somme supérieure à celle qui leur avait été primitivement offerte dans les notifications, puisque ce sera cette somme, augmentée d'abord de la surenchère du dixième, et ensuite de celle qui l'aura couverte. Si, par hasard, le prix d'adjudication est supérieur au montant des charges hypothécaires, il est bien évident que les créanciers n'ont aucun droit à cet excédent puisqu'ils se trouvent complètement désintéressés. C'est l'acquéreur surenchéri, qui, en sa qualité de propriétaire, devra bénéficier de cet excédent considéré comme la représentation partielle de la valeur de l'immeuble.

Si maintenant on suppose que c'est, non pas l'acquéreur surenchéri, mais une tierce personne qui se porte adjudicataire — et dans notre hypothèse rentre le cas où la surenchère n'ayant pas été couverte, c'est le créancier surenchérisseur qui se voit attribuer l'immeuble, — il y a évidemment translation de propriété ; celle-ci passe du tiers acquéreur

au tiers adjudicataire, avec ou sans effet rétroactif selon que l'on admet sur ce point la théorie de la jurisprudence ou le système de la doctrine, et aux termes d'une difficulté que nous n'avons pas à aborder ici, si ce n'est pour dire quelques mots de l'une de ses conséquences.

Celle-ci est relative à l'attribution des fruits perçus depuis la vente jusqu'à l'adjudication. C'est là une question qui a été fort discutée (1). La Cour de cassation, fidèle à son principe que l'adjudication prononcée au profit d'un tiers comporte résolution du titre de l'acquéreur surenchéri, avait d'abord décidé que celui-ci était tenu de restituer les fruits dont il s'agit ; et, d'après elle, c'était les créanciers inscrits qui avaient droit à cette restitution. (Cass. civ., 10 avril 1848, D. 48, 1, 160). Depuis, elle a abandonné cette manière de voir, et déclaré que les créanciers inscrits ne sauraient prétendre aux fruits produits par l'immeuble depuis sa vente, puisqu'ils ne peuvent avoir droit aux fruits qu'à partir de leur immobilisation, et que la vente consentie par le débiteur personnel n'a pas opéré cette immobilisation. (Cass. civ., 19 avril 1865, D. 65, 1, 209. — Amiens, 27 juin 1899, D. 1900, 2, 185).

(1) Cf. la dissertation de M. Glasson sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 13 décembre 1887, D. 88, 1, 337, notes 1, 2, 3, et celle de M. de Loynes sous l'arrêt d'Amiens du 27 juin 1890, D. 1900, 2, 185.

CHAPITRE IV

DROITS DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE EN CAS DE SAISIE DE L'IMMEUBLE.

Nous sommes ainsi arrivés à la quatrième hypothèse prévue, c'est-à-dire à celle où le tiers détenteur n'a ni payé, ni délaissé, ni purgé, et dont l'attitude entraîne la conséquence normale du droit de suite : la saisie, suivie de l'adjudication de l'immeuble. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que ce qui différencie cette situation du délaissement, c'était que, dans un cas, l'adjudication était poursuivie contre le tiers détenteur lui-même, et que dans l'autre, elle l'était contre un curateur. Mais remarquons dès maintenant que les effets du jugement d'adjudication sont les mêmes dans les deux hypothèses, et que la procédure de saisie ne subit aucune modification lorsqu'elle vient se greffer sur un délaissement. Il y a un changement de personne et c'est tout.

Avant d'étudier les effets que produit le jugement d'adjudication, observons que le créancier ayant plusieurs immeubles affectés à sa garantie peut, à son

choix, en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, exercer son hypothèque sur tel ou tel de ces immeubles.

Les créanciers postérieurs en rang, auxquels l'exercice de ce droit pourrait préjudicier, ne peuvent imposer à celui qui les prime la division de sa production entre les divers immeubles affectés à la garantie de sa créance, que si ce dernier n'a véritablement aucun intérêt à la collocation intégrale sur un seul de ces immeubles.

Mais comment le créancier, pourvu d'une hypothèque générale, pourra-t-il obtenir le paiement de sa créance dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix des divers immeubles, s'il n'est pas colloqué intégralement sur un seul immeuble ?

Au moyen, a-t-on dit, d'une répartition de la charge de l'hypothèque entre tous les immeubles proportionnellement à leur valeur respective (1). Mais ce n'est pas la solution qui a triomphé en doctrine comme en jurisprudence. La majorité des auteurs et des arrêts décident, en effet, que la collocation aura lieu en faisant porter la charge de l'hypothèque générale de telle manière que les créanciers à hypothèques spéciales les plus anciens soient payés de préférence aux créanciers de dates plus récentes (2).

(1) Douai, 5 juillet 1843 (S. 43, 2, 320). — Cass., 26 décembre 1853 (S. 54, 1, 86). — Pont, I, n° 345.

(2) Lyon, 24 mai 1850, S. 50, 2, 531. — Grenoble, 20 août 1853,

Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et les solutions ci-dessus rappelées auxquelles il conduit logiquement, peuvent se combiner avec les règles qui gouvernent la subrogation et aboutir ainsi à la question suivante, plusieurs fois posée devant les tribunaux.

Un créancier, muni d'une hypothèque spéciale sur un immeuble, qui a payé un créancier à hypothèque générale antérieure et obtenu ainsi le bénéfice de la subrogation légale, peut-il utiliser son hypothèque générale pour rendre efficace son hypothèque spéciale en saisissant divers immeubles et en se faisant colloquer, pour la totalité de la créance garantie par l'hypothèque générale, sur le prix d'un autre immeuble grevé d'une hypothèque spéciale au profit d'un autre créancier, et qui a été inscrite antérieurement à l'époque où il est lui-même devenu créancier hypothécaire ?

La Cour de cassation a toujours répondu affirmativement à cette question, et décidé que, dans cette hypothèse, le créancier à hypothèque spéciale, mis aux lieu et place du créancier à hypothèque générale, a le droit de choisir l'immeuble sur lequel il exercera son hypothèque, fût-ce au détriment d'un

S. 54, 2, 457. — Guillouard, III, n° 1541. — Planiol, II, n° 3403. — Baudry L. et de Loynes, III, n° 1966. — Aubry et Rau, III, 284, p. 577 et 678, texte en note 26.

autre créancier à hypothèque spéciale antérieure en date à la sienne (1).

Voyons maintenant quels droits le jugement d'adjudication sur saisie va conférer au créancier hypothécaire à l'égard du tiers détenteur.

C'est là une question qu'il nous faut envisager à deux points de vue différents : droits des créanciers hypothécaires sur les fruits perçus par le tiers détenteur et, actions en indemnité en cas de détériorations causées à l'immeuble.

Quel effet, tout d'abord, l'adjudication sur saisie va-t-elle produire, entre créanciers hypothécaires et tiers détenteur, relativement aux fruits que celui-ci aura pu percevoir jusqu'à cette époque ?

Il y a lieu à cet égard de distinguer.

Les fruits perçus avant le commencement des poursuites restent acquis définitivement au tiers détenteur, et les créanciers hypothécaires n'y peuvent prétendre aucune cause de préférence. (Req. 14 mai 1907, D. 07, 1, 34).

Mais l'article 2176 nous apprend que la situation change du jour où la sommation de payer ou de délaisser marque, de la part des créanciers hypothécaires, le commencement des poursuites. « Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dûs par le tiers détenteur

(1) Cass., 18 juillet 1893, S. 94, 1, 333. — Cass., 9 mai 1905, S. 06, 1, 488 et la note de M. Maurice Bernard.

qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser, et si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite ».

Donc, du jour où la sommation atteint le tiers détenteur, ce dernier devient comptable des fruits envers les créanciers inscrits. Ces fruits sont, selon l'expression consacrée, immobilisés entre ses mains. S'il s'agit de fruits naturels, ils sont vendus ; quant aux fruits civils, loyers ou fermages, ils sont mis en réserve ; et après l'adjudication, les sommes représentatives de la valeur des fruits sont distribuées en même temps que le prix de l'immeuble entre les créanciers hypothécaires. Ceux-ci ont donc, du jour de la sommation, un droit complet sur tous les fruits produits par la chose hypothéquée et perçus par le tiers détenteur (Cf. Arrêt précité, Req. 14 mai 1907, D. 07, 1, 34). Nous disons « du jour de la sommation », malgré la contradiction apparente qui semble résulter de l'article 682 du Code de procédure, aux termes duquel : « Les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription, ou le prix qui en proviendra, seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque. » Nous estimons en effet, avec Baudry-Lacantinerie, Thézard (1) et la majorité des

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2199. — Thézard. *Op. cit.*, p. 184.

auteurs, que cette hypothèse d'une immobilisation des fruits produite, non plus par la sommation, mais par la transcription de la saisie, se réfère au cas où l'action hypothécaire est exercée contre le débiteur personnel lui-même ; tandis qu'il y a lieu de réserver l'article 2176 du Code civil pour le cas qui nous préoccupe spécialement, c'est-à-dire celui où le créancier hypothécaire a poursuivi le tiers détenteur en vertu de son droit de suite. Thézard résume fort bien les raisons de cette distinction :

« Cette différence, dit-il, est nécessaire : quand l'immeuble est saisi sur le débiteur resté propriétaire, les fruits de cet immeuble peuvent être le gage commun de tous les créanciers, y compris les chirographaires ; les créanciers hypothécaires n'y acquièrent de droit exclusif que par la transcription de la saisie qui la rend opposable aux tiers. Dès que l'immeuble, au contraire, est aux mains d'un tiers détenteur, les fruits ne sauraient être le gage des créanciers chirographaires qui n'ont plus aucun droit sur cet immeuble lui-même ; en les déclarant indisponibles à partir de la sommation, il faut les attribuer exclusivement aux créanciers hypothécaires comme l'immeuble lui-même : par conséquent, le prix de ces fruits sera également attribué en entier par la voie de l'ordre, suivant le rang des hypothèques. » (Thézard, n° 184).

Tarrible a prétendu que la sommation de payer ou

de délaisser, tout en obligeant le tiers détenteur à rendre compte des fruits à ses créanciers, ne devait pas avoir pour effet, comme la transcription de la saisie, de les attribuer par préférence, aux créanciers hypothécaires. Ce système n'a pas prévalu. Il résulte en effet de l'article 2176 du Code civil que le tiers détenteur doit les fruits à partir de la sommation ; or, à qui les doit-il, si ce n'est aux créanciers pour le compte desquels est faite la sommation ? (Tarrible, *Rép. de Merlin*, V° tiers détenteur, n° 13).

Tel est le droit des créanciers hypothécaires, au jour de l'adjudication, sur les fruits produits par l'immeuble depuis la sommation de payer ou de délaisser adressée au tiers détenteur.

Quels sont maintenant les droits dont, à la même époque, ils vont se trouver nantis vis-à-vis de ce dernier en cas de détériorations provenant de son fait ou de sa négligence ? Cette hypothèse est prévue par l'article 2175 du Code civil : « Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité. »

Bien qu'il n'existe aucun lien d'obligation personnelle entre les créanciers hypothécaires et le tiers détenteur, celui-ci est néanmoins obligé de respecter leur gage, et c'est pour assurer cette obligation que la loi les investit d'une action en indemnité en cas de

détériorations procédant de son fait ou de sa négligence.

Cette action est ouverte à tous les créanciers hypothécaires, alors même que le débiteur y serait complètement étranger et que l'immeuble serait sorti de ses mains (Orléans, 24 mars 1859, S. 59, 2, 673).

Un créancier conditionnel serait même admis à exercer l'action en indemnité de l'article 2175.

L'indemnité est déterminée par l'importance de la détérioration subie par l'immeuble, et, comme la somme représentative des fruits, distribuée après l'adjudication entre les créanciers inscrits, par ordre d'hypothèques.

Nous avons, au début de cette étude, recherché avec précision quels créanciers étaient investis du droit de suite et sur quels biens celui-ci pouvait être exercé ; par là même nous nous trouvons avoir répondu à la question de savoir quels créanciers hypothécaires pouvaient saisir l'immeuble aliéné par leur débiteur, et quel genre de biens étaient, entre les mains du tiers détenteur, susceptibles d'expropriation forcée. Nous ne reviendrons pas sur ce point et nous examinerons seulement, relativement à ce qui peut être saisi par les créanciers hypothécaires, une hypothèse spéciale qui s'est d'ailleurs rencontrée à plusieurs reprises et qui a donné lieu à de grandes fluctuations dans les décisions de la jurisprudence.

Voici l'hypothèse en question : un immeuble appar-

tient par indivis à plusieurs co-héritiers. L'un d'eux constitue une hypothèque sur le bien. Puis, celui-ci se trouve licité, et l'adjudication est prononcée au profit d'un tiers acquéreur, tandis que le partage n'attribue aucune part dans le prix au co-héritier qui a consenti l'hypothèque. Quelle va être la situation du créancier hypothécaire vis-à-vis de ce tiers acquéreur, et ses droits ne vont-ils pas se trouver modifiés du fait que l'immeuble a été licité, non au profit du co-partageant qui a conféré l'hypothèque, et qui n'est, par hypothèse, aucunement créancier du prix, mais au profit d'un étranger ?

Cette question a été très controversée, et elle a donné lieu à un développement de jurisprudence des plus intéressants.

Une première phase a pour point de départ un arrêt de la Cour de cassation (Ch. civile du 18 juin 1834, S. 34, 1, 733), et trouve son complément dans des arrêts d'Aix, 23 janvier 1835 (S. 35, 2, 267) ; de Grenoble, 2 juin et 29 août 1863 (S. 63, 2, 249) ; de la Cour de cassation, 22 février 1881 (S. 84, 1, 117). Aux termes de cette jurisprudence, et s'inspirant de Pothier auquel le législateur avait emprunté l'article 883 du Code civil relatif à l'effet déclaratif des partages et licitations, on décidait alors que cet effet déclaratif se produisait bien entre co-héritiers, mais non à l'égard d'un tiers adjudicataire, et que, en ce qui concernait celui-ci, la licitation de-

vait avoir un effet translatif. Il s'ensuivait que, alors que l'hypothèque constituée pendant l'indivision par un co-litigant eût été valable si ce dernier s'était porté adjudicataire, elle ne produisait, au contraire, aucun effet quand l'adjudication était, comme nous le supposons, prononcée au profit d'un tiers.

Cette jurisprudence dura jusqu'en 1887, époque à laquelle un arrêt de la Chambre civile du 14 décembre (D. 88, 1, 385; S. 89, 1, 193) vint opérer un revirement complet. La Cour de cassation décidait, en effet, que l'hypothèque constituée dans les conditions que nous avons dites, produisait effet, même si le co-partageant ayant conféré l'hypothèque n'avait aucune part dans la créance du prix. Le tiers qui s'était porté adjudicataire se trouvait donc exposé aux poursuites du créancier à qui ce co-partageant avait, pendant l'indivision, conféré un droit d'hypothèque sur l'immeuble.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 1887, marquant le changement de jurisprudence sur ce point, fut suivi d'un certain nombre d'autres qui consacrèrent cette manière de voir. Telles sont les décisions des : 17 février 1892 (S. 94, 1, 417) ; 19 octobre 1896 (S. 98, 1, 41) ; 7 juin 1899 (S. 99, 1, 457) ; 21 juin 1904 (S. 05, 1, 273).

Cependant, si l'opinion de la Cour suprême se faisait jour d'une façon aussi accentuée et persistante, les Cours d'appel ne suivaient pas ses erre-

ments et restaient fidèles à l'ancienne solution. Elles persistaient à se prononcer pour le maintien de l'hypothèque en faveur du cohéritier dans le lot duquel était la créance, et, en cas contraire, refusaient tout droit au créancier vis-à-vis du tiers adjudicataire. C'est dans ce sens, conforme à la première jurisprudence de la Cour de cassation, que ce sont prononcées successivement, pendant cette seconde période, les Cours de Besançon, 15 novembre 1901 (S. 05, 2, 89); Lyon, 23 mars 1905 (S. 05, 2, 243); Dijon, 27 décembre 1905 (S. 07, 2, 130); Bordeaux, 26 juin 1906 (S. 07, 2, 270).

Cette résistance des Cours d'appel à la nouvelle manière de voir de la Cour suprême devait avoir pour résultat de faire revenir celle-ci sur la jurisprudence qu'elle avait établie par l'arrêt du 14 décembre 1887. Le 5 décembre 1907 elle rendait, en effet, toutes Chambres réunies, un arrêt qui n'était autre qu'un retour à la jurisprudence antérieure à 1887 (D. 08, 1, 113). (1).

D'ailleurs, l'espèce qui se présentait à son examen et qu'avait déjà examinée la Cour de Besançon le 15 novembre 1901 — arrêt cassé par la Chambre civile le 21 juin 1904 (D. 06, 1, 42) renvoyant devant

(1) Voir, au sujet de cet arrêt, les dissertations de M. Ambroise Colin (D. 08, 1, 113) et de M. Lyon-Caen (P. 08, 1, 5), et les articles parus dans la *Revue de Droit civil*, 1909, p. 185; 1910, p. 486; 1908, p. 133.

la Cour de Lyon, — et cette dernière Cour, le 29 mars 1905 (D. 06, 2, 27), dans un arrêt conforme à celui de Besançon, l'espèce en question, disons-nous, était très favorable à un revirement de la jurisprudence et à un retour aux anciennes conceptions.

Sur les trois cohéritiers propriétaires du bien par indivis, deux étaient des aliénés internés, et se trouvaient exposés, pendant une indivision trop longue, à souffrir des malversations du troisième. A la liquidation, ces héritiers ne pouvaient se porter adjudicataires de l'immeuble indivis licité ni réclamer l'interversion de l'ordre légal des opérations du partage de manière à faire précéder l'adjudication par l'état liquidatif. Aussi, comme l'a très justement dit M. A. Colin (note sous l'arrêt du 5 décembre 1907, D. 08, 1, 113), résoudre la question « en sacrifiant les droits des cohéritiers incapables à ceux de spéculateurs médiocrement intéressants, c'eût été, de la part des Chambres réunies, affirmer avec tant d'éclat l'irréductible imperfection de notre droit positif, qu'une intervention législative se fût immédiatement imposée ». La Cour de cassation pouvait hésiter entre deux attitudes : ou bien, conformément à la jurisprudence antérieure à 1887 et s'appuyant sur l'article 883 du Code civil, déclarer nulles les hypothèques constituées sur la part indivise ; ou bien, selon le système adopté par plusieurs Cours d'appel, admettre en principe la validité de ces hypothèques.

Elle a adopté la première manière de voir, qui était la bonne. Elle s'est pour cela basée sur les deux considérations suivantes :

1° Les créances sont soumises à l'article 883 du Code civil. C'est un point discutable et au surplus assez inutile ; car le système de la jurisprudence permettait d'exclure toute objection tirée de l'article 1220. Du moment que l'adjudication est une opération préparatoire du partage, et que celui-ci seulement, antérieurement ou postérieurement, détermine les droits de ceux qui y prennent part, le cohéritier exclu par le partage, n'étant pas vendeur, n'a aucune part dans la créance née de la vente.

2° La créance du prix remplace l'immeuble dans la masse héréditaire. Est-ce là une consécration du principe de subrogation réelle opérée de plein droit quand elle a lieu à titre universel ? En tous cas, cette considération ne semblait pas nécessaire ; car il suffit de dire que la licitation s'incorpore et s'absorbe dans le partage : dès lors, les seuls créanciers du prix sont les cohéritiers non exclus par la liquidation.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence rétablie par l'arrêt du 5 décembre 1907 venait mettre fin à un état de choses des plus regrettables. Le système des arrêts de 1887, 1894, 1898, 1899, 1905, aboutissait en effet à des conséquences inacceptables, en maintenant les hypothèques constituées par un cohéritier non attributaire de la créance, sur sa part indivise,

dans l'intervalle compris entre l'ouverture de la succession et le jugement d'adjudication. Car avec ce système, on voyait le cohéritier percevoir deux fois sa part ; d'abord en avancement d'hoirie, puis en affectation au profit de ses créanciers, jusqu'à concurrence de sa quote-part dans la succession.

La décision de la Cour de cassation, intervenant après d'aussi longues hésitations, à motivé à plusieurs reprises le vœu d'une intervention législative sur ce point. M. Ambroise Colin propose une réforme encore plus complète, et estime que de telles fluctuations proviennent des vices de notre loi sur l'organisation de la propriété collective. Tant qu'elle reste collective, la propriété héréditaire ne devrait pas être soumise aux tractations des individus ; les seuls actes de disposition permis seraient ceux accomplis par la volonté de tous les ayants-droit, agissant ensemble et faisant masse. Le modèle d'un semblable système se trouverait dans le régime de liquidation des sociétés de commerce et dans le système de liquidation successorale établi par le Code civil allemand. Alors, il ne se produit pas de confusion immédiate du patrimoine du défunt et de celui des héritiers ; chacun subsiste séparément pendant le temps nécessaire à la liquidation ; par conséquent, tant que les comptes des cohéritiers entre eux ne sont pas réglés, aucun ne peut aliéner ou hypothéquer sa part indivise de l'actif héréditaire.

Telle est l'intéressante évolution de la jurisprudence sur le point spécial que nous avons déterminé. Si maintenant, dans l'hypothèse de cohéritiers constituant des hypothèques sur leurs parts indivises, l'adjudication est prononcée, non plus au profit d'un tiers, mais au profit de l'un des co-partageants autre que ceux qui ont conféré les hypothèques, la licitation produit les effets du partage; elle anéantit rétroactivement, en vertu de la fiction de l'article 883, les droits de propriété des autres co-licitants et, par conséquent, résout les hypothèques qui avaient pu être consenties par eux sur leurs parts indivises (Paris, 11 janvier 1867, S. 67, 2, 258. — Caen, 18 mai 1867, D. 78, 2, 185. — Pau, 28 février 1887, D. 88, 2, 249. — Cass., 16 avril 1888, D. 88, 1, 249. — Cass., 16 février 1901, S. 02, 1, 436. — Trib. civ. de la Seine, 22 janvier 1910, *Gazette des Tribunaux du Midi*, 26 juin 1910).

Si, maintenant, on suppose que l'hypothèque constituée sur l'immeuble indivis l'a été, non pas par un seul des co-partageants, mais conjointement et solidairement par tous les co-propriétaires à la garantie d'un emprunt qu'ils ont souscrit solidairement, quelle va être la situation du créancier hypothécaire le jour où l'immeuble sera attribué à l'un d'eux?

Jusqu'en 1909, on considérait qu'une hypothèque constituée dans ces conditions offrait toute sécurité au prêteur vis-à-vis du privilège du co-partageant.

Mais un arrêt de cassation du 12 janvier 1909 (1) est venu jeter en cette matière une perturbation considérable. Voici dans quelles circonstances il a été rendu.

Un immeuble appartenait indivisément à deux copropriétaires ; ceux-ci confèrent une hypothèque conjointement et solidairement sur cet immeuble pour sûreté d'une dette contractée aussi solidairement entre eux. Puis, l'un d'eux vient à céder ses droits indivis à l'autre, ce qui opère la licitation produisant les effets déclaratifs de l'article 883. Un ordre ayant été ouvert pour la distribution du prix à la suite de la vente de l'immeuble, le créancier hypothécaire prétendit venir en premier rang ; mais un tiers, auquel le cédant avait transmis par subrogation le privilège de co-partageant, soutint que ce privilège primait l'hypothèque constituée durant l'indivision. Cette prétention fut d'abord admise par le tribunal de Cusset par jugement du 21 juin 1901, et sur appel, par la cour de Riom (arrêt du 29 janvier 1903). La question fut alors portée devant la Cour de cassation, et le pourvoi principalement appuyé sur un arrêt de la Cour de Limoges du 22 novembre 1862, qui, dans une espèce absolument semblable, s'était prononcée en faveur du maintien des droits du créancier hypothécaire :

(1) Voir sous cet arrêt la note de M. Wahl, S. 09, 4, 361.

« Attendu, avait dit cet arrêt, que si par l'effet de la cession, laquelle équivaut au partage, X..., est censé ne plus avoir d'hypothèque du chef de Y... et tenir, au contraire, son droit hypothécaire sur la totalité des biens affectés du chef de Z..., qui est réputé rétroactivement en avoir été toujours seul propriétaire, il n'en est pas moins vrai que par son concours à l'acte (d'obligation solidaire) qui constituait à la charge commune des deux promettants l'engagement solidaire et l'hypothèque des biens alors indivis entre eux, J..., s'est obligé à ne rien faire personnellement qui pût porter atteinte à l'efficacité de la garantie première ;

« Attendu qu'en contractant cette obligation, Y... s'est virtuellement interdit, en faveur du créancier X... l'exercice ultérieur de tous droits, soit actuels, soit éventuels, de nature à restreindre ou à neutraliser les effets de l'affectation hypothécaire, que la constitution de l'hypothèque sur sa part indivise faite par lui conjointement et solidairement avec son frère n'aurait aucun sens et ne produirait aucun effet si, après la cession équivalente au partage, il devait être considéré comme n'ayant contracté qu'un simple engagement personnel ; qu'il a, au contraire, spécialement et expressément affecté à l'exécution de son obligation son droit même de co-propriétaire, que ce droit maintenant représenté par un privilège de copartageant qui n'en est rétroactivement que la conti-

uation, n'en demeure pas moins assujetti à l'affectation réelle à laquelle il a été soumis durant l'indivision... » (Limoges, 22 novembre 1862, D. 63, 2, 15).

En dépit des arguments que l'on fit valoir devant elle en faveur de cette jurisprudence, la Cour suprême, dans son arrêt du 12 janvier 1909 (Cf. *Gazette des Tribunaux* du 30 janvier 1909) trancha la question dans le sens des deux précédentes juridictions, et décida que le privilège du co-partageant était susceptible de primer l'hypothèque consentie durant l'indivision. D'après elle, il n'y a pas lieu de tenir compte de ce que l'hypothèque est constituée par tous les co-propriétaires ; la licitation produit dans ce cas les mêmes effets que si l'hypothèque avait été consentie par l'adjudicataire seul ; car à l'égard des autres elle est non avenue, et le créancier devient, vis-à-vis de ceux-ci, simplement chirographaire ; le privilège de co-partageant qui les concerne lui est donc opposable. Quant à la renonciation à l'exercice du privilège de co-partageant — renonciation que dans le système contraire on considérerait comme faite par avance par les co-héritiers au profit du créancier, — elle n'a de valeur, dans la thèse de la Cour de cassation, que si elle est consentie d'une façon expresse et si elle est portée à la connaissance des tiers. En l'absence d'une stipulation expresse faite dans ces conditions de publicité, la solidarité ne peut faire considérer le co-débi-

leur non attributaire de l'immeuble comme ayant renoncé à exercer, par lui-même ou par un cessionnaire, son privilège de co-partageant au profit d'un créancier qui n'a hypothèque sur l'immeuble que du chef de l'autre co-débiteur, et ne doit donc venir qu'après le cessionnaire du privilège.

En effet, le but de la solidarité entre les indivisaires était seulement d'assurer au créancier hypothécaire la certitude d'une pleine garantie, d'une hypothèque portant sur toute la créance, quel que soit le résultat du partage ou de la licitation. Le privilège du co-partageant est tout autre chose ; il n'a pas été cédé accessoirement à l'hypothèque, et l'eût-il été, qu'en dehors d'une clause expresse, il faudrait admettre que cette cession accessoire disparaît, puisqu'en raison de la licitation, l'hypothèque constituée par l'indivisaire non attributaire de l'immeuble est mise à néant. Cet indivisaire a donc pu céder à un tiers son privilège de co-partageant.

La décision de la Cour de cassation a causé un certain désarroi, par suite du manque de sécurité qui allait en résulter parmi les prêteurs sur hypothèque. Il est à craindre, en effet, que des emprunteurs peu scrupuleux, usant du moyen inspiré par l'arrêt de 1909 et sans avoir égard à l'hypothèque qu'ils auraient consentie solidairement avec leurs co-propriétaires, ne cèdent à un tiers leur privilège de co-partageant à la garantie d'une créance posté-

rieure. Au surplus, rien n'empêchera qu'ils opposent eux-mêmes leur privilège de co-partageant à l'encontre du créancier hypothécaire, bien qu'ils se soient engagés solidairement à son égard.

C'est pourquoi, en pratique, le créancier hypothécaire qui voudra obtenir une garantie absolument sûre ne devra pas se contenter de la solidarité des co-indivisaires hypothéquant les immeubles dont ils sont co-propriétaires : mais pour qu'il soit à l'abri de la manœuvre indiquée plus haut, il y aura lieu d'insérer, dans l'acte d'obligation, les clauses qu'on insère habituellement lorsque l'hypothèque est constituée par un seul des indivisaires. En conséquence, on fera consentir par les emprunteurs, au profit du prêteur, une cession du montant des soultes ou du prix de licitation auxquels ils pourraient avoir droit, avec interdiction de partager hors la présence de celui-ci. Bien que cette cession doive être considérée comme entraînant implicitement cession du privilège de co-partageant qui garantit le prix de licitation ou de la soulte du partage, il est préférable d'ajouter une renonciation expresse par les emprunteurs à exercer le privilège de co-partageant au cas où il leur adviendrait, et il y a lieu de comprendre cette renonciation dans l'inscription qui sera prise afin, de la porter à la connaissance des tiers.

A la suite de l'arrêt du 12 janvier 1909, une proposition de loi tendant à compléter l'article 2125

du Code civil a été présentée à la Chambre par M. Adigard, député, dans la séance du 18 décembre 1909.

Rappelons au préalable la disposition de l'article 2125 : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. »

La proposition de M. Adigard ajoute le correctif suivant : « Sauf en ce qui concerne l'hypothèque consentie par tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis, laquelle conserve son effet, quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation ou du partage. »

Cette modification, d'abord adoptée par la Chambre des Députés, a été ensuite l'objet, d'après le rapport de M. Boivin-Champeaux, d'un vote favorable au Sénat. (Document distribué le 1^{er} décembre 1910).

La loi nouvelle a pu alors être promulguée le 31 décembre 1910. Elle est ainsi conçue :

« L'article 2125 du Code civil est complété ainsi
« qu'il suit : Sauf en ce qui concerne l'hypo-
« thèque consentie par tous les co-propriétaires d'un
« immeuble indivis, laquelle conservera exception-
« nellement son effet; quel que soit ultérieurement
« le résultat de la licitation ou du partage. »

Nous avons dit plus haut que, lorsque c'était un

des co-héritiers qui se portait adjudicataire sur licitation d'un immeuble dépendant d'une succession, il n'était pas contesté que les hypothèques consenties par les autres co-héritiers pendant l'indivision tombaient *ipso facto*, et que les créanciers hypothécaires ne pouvaient invoquer aucun droit de suite ni de préférence ; et nous avons, à ce sujet, mentionné, entr'autres décisions jurisprudentielles, l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1888 qui a fixé la jurisprudence.

Il semblerait qu'il dût en être de même lorsque l'indivision résulte, non plus d'une succession, mais d'une acquisition en commun ; car l'effet déclaratif s'applique à tout acte produisant les effets d'un partage en ce qui concerne le bien indivis, quelle que soit la cause de l'indivision ; il suffit que la chose soit indivise pour que l'article 883 soit applicable. Cependant, dès 1887, le tribunal d'Alger, par jugement du 2 février, avait déjà statué en sens contraire. Comme cette décision était antérieure à l'arrêt de cassation du 16 février 1888, on pouvait penser qu'elle resterait isolée. Il n'en a rien été, et récemment, un jugement du tribunal de Bordeaux, du 31 décembre 1906, a admis la validité d'une hypothèque consentie sur la part indivise d'un immeuble acquis en commun, par le co-indivisaire non adjudicataire.

La Cour d'Angers, dans un arrêt du 1^{er} février 1910,

a été plus logique vis-à-vis d'une espèce où l'indivision provenait d'un partage d'ascendant. Un ascendant avait partagé entre vifs ses biens entre ses quatre enfants. Chacun d'eux avait reçu en pleine propriété des biens déterminés, plus un quart indivis dans un immeuble. Cet immeuble est mis en vente et adjugé à deux des co-partageants. La femme de l'un des autres co-partagés ayant pris inscription de son hypothèque légale sur tous les immeubles de son mari, prétendait exercer cette hypothèque sur la quote-part indivise de celui-ci dans l'immeuble. Mais la Cour n'admit pas cette prétention, et ordonna la radiation de l'inscription d'hypothèque légale, parce que la licitation avait eu pour effet de faire considérer les adjudicataires co-licitants comme propriétaires conjoints de l'immeuble dès le jour du partage d'ascendant, et les autres comme n'ayant jamais été propriétaires (Angers, 1^{er} février 1910, *Gazette du Palais*, 1910, 1, 446).

Nous nous trouvons anisi, avec l'étude de ces délicates questions, avoir délimité la situation du créancier hypothécaire amené à saisir, vis-à-vis de l'immeuble affecté à la sûreté. Nous n'avons pas ici à envisager la procédure même de la saisie, qui rentre plutôt dans le domaine de la procédure proprement dite que dans un travail de droit civil. Par là même, nous avons examiné le quatrième parti offert au tiers détenteur actionné par le créancier

hypothécaire : celui de se laisser saisir, et terminé en même temps l'étude générale des droits de ce dernier vis-à-vis du tiers qui a acquis l'immeuble hypothéqué.

CONCLUSION

Nous venons de parcourir, dans les pages qui précèdent, les différentes questions qui se rapportent à l'étude du droit de suite, spécialement lorsque celui-ci a lieu de s'exercer en présence de la vente de l'immeuble hypothéqué par le débiteur ; et nous avons pu constater, au cours de ce travail, combien le créancier hypothécaire se trouvait ainsi protégé contre des aliénations qui eussent autrement rendu fort illusoires les droits qu'il tenait de son hypothèque. Quel que soit le parti que prenne le tiers détenteur actionné par le créancier hypothécaire, celui-ci, en effet, verra l'immeuble affecté à sa créance faire place à son égard à une somme d'argent équivalente, sur laquelle il viendra prélever la part que son rang lui confère.

Tel est le résultat pratique que l'institution du droit de suite a toujours eu pour effet de produire entre les mains du créancier hypothécaire. Seulement, il y a lieu de remarquer qu'en droit romain, il avait une portée d'application beaucoup plus considérable. A cette époque, en effet, l'hypothèque pou-

vait s'établir aussi bien sur les meubles que sur les immeubles, et l'hypothèque mobilière, comme l'hypothèque immobilière, donnait le droit de suite au créancier. C'était donc toute une catégorie de biens — à vrai dire la moins importante en ces temps reculés. — que nous ne reconnaissons pas aujourd'hui susceptible d'hypothèque, et qui se trouvait alors, sous ce rapport, mise sur le même pied que les immeubles. Lorsqu'on introduisit en France une garantie réelle analogue à l'hypothèque romaine sous le nom d'*obligatio bonorum*, on ne lui donna pas pour cela l'étendue que le droit romain reconnaissait à ses hypothèques ; et ni à l'époque où la revendication mobilière n'existait pas encore, c'est-à-dire avant le XV^e siècle, ni plus tard lorsque celle-ci fut admise, on ne reconnut au créancier hypothécaire le droit de suivre les meubles. On alla plus loin ; on interpréta l'adage : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque » comme interdisant implicitement l'hypothèque des meubles et lui refusant tout effet, aussi bien au point de vue du droit de préférence que du droit de suite. C'est ce dernier état de notre ancienne législation qui a passé dans notre Code civil, et les articles 2118 et 2119 en reproduisent à la fois l'esprit et la lettre. Pas d'hypothèque mobilière, par conséquent pas de droit de suite, et cela pour la raison principale que les meubles n'ont pas de situation fixe, et qu'il serait impossible d'organiser la publicité d'une hypothèque mobilière.

Aussi bien, cette raison, qui semblait devoir fermer à tout jamais le domaine de l'hypothèque à toutes les catégories de biens meubles, a-t-elle, postérieurement au Code et en vertu de considérations inverses, été mise de côté relativement à deux espèces de meubles, qui sont ainsi devenues susceptibles d'hypothèques et confèrent un droit de suite aux créanciers : nous voulons dire les navires et les fonds de commerce.

En matière maritime, l'hypothèque a été organisée par les lois des 10 décembre 1874 et 10 juillet 1885. Quant aux fonds de commerce, deux lois, l'une du 1^{er} mars 1898, l'autre du 17 mars 1909, en ont permis et organisé l'hypothèque sous le nom assez peu heureux de nantissement. En effet, en matière de nantissement proprement dit, le débiteur est dessaisi de l'objet donné en gage au profit du créancier ; or, ce qu'on appelle le nantissement d'un fonds de commerce, se fait sans dessaisissement ; comme, d'autre part, il existe sur ce point particulier un système de publicité par registres spéciaux tenus au greffe du tribunal de commerce, publicité tout à fait comparable à celle des hypothèques, il n'y a pas de raison pour appeler cette garantie un nantissement et pour ne pas lui donner le nom plus exact d'hypothèque.

Quoi qu'il en soit, voilà donc deux espèces de meubles, les navires et les fonds de commerce, qui sont devenus, à des dates récentes, susceptibles

d'un droit d'hypothèque et qui peuvent être suivis entre les mains d'un tiers acquéreur. Seulement, il faut tout de suite remarquer que ces deux hypothèques mobilières ont une législation à part, sont organisées d'une façon spéciale, et que le droit de suite qui existe sur les navires et les fonds de commerce se sépare en plus d'un point de celui que nous avons étudié en matière d'immeubles. Quelques considérations rapides sur ces différences achèveront de mettre en relief l'organisation du droit de suite dans notre législation, et formeront une conclusion naturelle à notre étude.

Quant aux navires, tout d'abord, l'article 17, alinéa 1, de la loi du 10 juillet 1885, reproduisant le principe écrit dans l'article 28 de la loi du 10 décembre 1874, prévoit l'exercice du droit de suite en ces termes : « Les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un navire ou portion de navire, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs inscriptions. »

Disons, dès maintenant, qu'il ne faut pas confondre ce droit de suite dont jouissent les créanciers ayant hypothèque sur un navire, avec un autre droit de suite que l'article 190 du Code de commerce accorde en notre matière aux créanciers du vendeur, et spécialement aux créanciers privilégiés ; dans l'article précité il s'agit, en effet, d'un droit de suite que se voient même attribuer les créanciers simplement

chirographaires de l'aliénateur, et qui est d'une extrême précarité puisque, notamment, il s'éteint, aux termes des articles 193 et 194 du Code de commerce, lorsqu'après une vente volontaire, le navire a fait un voyage sous le nom et aux risques de l'acquéreur, sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

Le droit de suite de l'article 17 de la loi de 1885 est tout différent ; il n'est accordé qu'aux créanciers hypothécaires, et, d'une façon générale, il est régi par les principes que nous avons étudiés relativement au droit de suite sur les immeubles. Néanmoins, comme il s'agit ici d'une hypothèque qui sera toujours une hypothèque spéciale, le tiers détenteur ne pourra jamais opposer l'exception de discussion puisque, nous l'avons vu, l'article 2171 du Code civil n'accorde pas ce bénéfice au tiers détenteur qui se trouve en présence d'un créancier ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble. En outre, la loi de 1885 apporte deux dérogations aux règles du droit commun, lorsque l'hypothèque a été établie sur la part indivise d'un navire.

D'une part, il y a dérogation à l'article 2205 du Code civil, en ce sens que le créancier ayant hypothèque sur une part indivise de navire a le droit de saisir cette part indivise et de la faire vendre, sans être tenu de provoquer le partage ou la licitation (Art. 17-2).

Cette disposition dérogatoire au droit commun se

conçoit en matière d'hypothèque maritime où l'indivision est la règle. Cependant, aux termes du même article, si l'hypothèque portait sur plus de la moitié du navire, le créancier aurait le droit de saisir et de faire vendre la totalité, et de parvenir ainsi au même résultat que par une demande en licitation.

En second lieu, la loi de 1885 déroge à la règle de l'article 883 du Code civil et au principe de la rétroactivité du partage : « Dans tous les cas de copropriété, continue l'article 17, par dérogation à l'article 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires sur une portion du navire, continuent à subsister après le partage ou la licitation. » Donc, en matière maritime, le partage et la licitation sont sans influence sur le sort des hypothèques : celles-ci n'en continuent pas moins de produire leurs effets et d'engendrer le droit de suite et le droit de préférence. Les créanciers hypothécaires pourront donc exercer des poursuites contre l'acquéreur sur licitation ou contre celui des copropriétaires auquel le partage aurait attribué la totalité du navire. Disons enfin que cette dérogation ne concerne que les créanciers hypothécaires proprement dits, et que, sous ce rapport, les créanciers privilégiés restent sous l'empire du droit commun.

Quant à la purge, elle est régie par les principes que nous avons précédemment étudiés ; on retrouve

dans les articles 18 et suivants de la loi de 1885 les dispositions que nous avons rencontrées dans les articles 2183 et suivants du Code civil. Notons toutefois que la surenchère du sixième n'est pas admise pour la purge des hypothèques maritimes ; que, lorsque le tiers détenteur est poursuivi par les créanciers, le délai que la loi lui accorde pour faire ses notifications n'est plus de trente jours comme en matière civile, mais seulement de quinzaine ; que la surenchère prescrite aux créanciers qui veulent user de ce droit est d'un dixième. Enfin, rappelons en terminant, qu'en matière d'hypothèque maritime, la mutation en douane joue le même rôle que l'inscription pour l'hypothèque immobilière.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur l'hypothèque maritime et le droit de suite qui en est la conséquence, et nous terminerons ces quelques considérations sur les hypothèques mobilières de notre droit moderne par un bref aperçu sur le droit de suite en matière de fonds de commerce.

Nous avons dit plus haut que l'hypothèque des fonds de commerce avait été prévue et organisée par les deux lois successives de 1898 et de 1909. La grande innovation de la loi de 1909 a été précisément de reconnaître comme en matière maritime un droit de suite aux créanciers chirographaires. Ont-ils pour cela un droit réel ? C'est là une question qui a été fortement discutée et que nous n'avons pas

l'intention d'aborder ; qu'il nous suffise de dire que la solution de cette question prendra toute son importance au cas de conflit entre créanciers du vendeur et de l'acquéreur.

Le droit de suite reconnu par la loi de 1885 aux créanciers chirographaires en matière de fonds de commerce, est organisé de la façon suivante par l'article 3 de ladite loi : «... Dans dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu, par simple acte extrajudiciaire, opposition au paiement du prix ; l'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance, à peine de nullité. Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai. L'acquéreur qui, sans avoir fait les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers. »

L'insertion dont il s'agit dans ce passage est celle de l'extrait ou de l'avis de vente du fonds faite dans les conditions prévues dans le même article 3 *in principio*.

Tel qu'il est reconnu par ce texte aux créanciers chirographaires, le droit de suite dont jouissent ces derniers en matière de vente de fonds de commerce doit être soigneusement distingué de celui que pos-

sèdent les créanciers *inscrits*. C'est ainsi que, lorsque les créanciers chirographaires ne forment pas l'opposition prévue par l'article 3, il y a, de leur part, renonciation à leur droit de suite ; tandis qu'il en est différemment pour les créanciers inscrits, que la procédure de la publication ne concerne pas ; ils ont leur inscription, et cela suffit pour les mettre à l'abri : leur inscription, comme on l'a dit, est une opposition permanente de paiement du prix à leur débiteur. C'est ainsi encore que la purge des créanciers chirographaires sur un fonds de commerce ne sera pas la même que la purge des créances inscrites : la première, telle qu'elle résulte de l'article 5 de la loi de 1909, a un caractère obligatoire pour l'acheteur, tandis que la seconde, comme en matière immobilière, est une simple faculté (Art. 22). C'est ainsi enfin, que l'article 5 exige des créanciers chirographaires une surenchère du sixième, tandis que, si le créancier inscrit a la même faculté, il a, en plus, celle de former une surenchère du dixième (Art. 23).

Nous n'insisterons pas autrement sur ces différents points ; il nous suffit de les avoir signalés pour faire apercevoir, comme en matière d'hypothèque maritime, quel caractère spécial revêtent les deux droits de suite nouveaux qu'ont introduits dans notre législation les lois de 1885 et de 1909. S'ils ont nombre de points communs avec le droit de suite traditionnel, celui que nous avons étudié en matière de vente

d'immeubles, on voit cependant que le caractère particulier de l'hypothèque ou de la simple créance chirographaire qui leur servent de base, nécessite dans leur mode d'exercice des modifications. En signalant, même brièvement, ces dernières, nous pensons avoir mis en relief, d'une façon encore plus évidente, les traits caractéristiques du droit de suite qui faisait l'objet principal de ce travail, celui de notre Code civil. Par les quelques explications complémentaires que nous avons données dans cette conclusion, nous avons montré que l'organisation de ce droit, telle qu'elle a été établie dans notre législation, et en dépit des imperfections qui ont plusieurs fois motivé des projets de réforme, a cependant, dès son principe, constitué une base assez solide et assez parfaite pour que les lois postérieures sur la matière, comme celles de 1885 et de 1909, s'en soient largement inspirées.

Vu et approuvé :

Le Président de la thèse,

Vu :

CAPITANT.

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, tome III.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques.*
- Demante et Colmet de Santerre.** — *Cours analytique de Code civil*, tome IX.
- Glasson.** — *Du droit de rétention.*
- Guillouard.** — *Traité des privilèges et hypothèques.*
- Laurent.** — *Principes de droit civil*, tome XXXI.
- Planiol.** — *Traité de droit civil.*
- Pont.** — *Explication des titres XVIII et XIX, livre III, du Code Napoléon*, tome II.
- Thézard.** — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques.*
- Troplong.** — *Droit civil expliqué, Privilèges et hypothèques*, tome III.
- Dalloz.** — *Répertoire et Supplément.* V^o Privilèges et hypothèques.
- Revue trimestrielle de droit civil.*
- Répertoire général du notariat.*
- Notes au Dalloz et au Sirey.*

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

Conditions d'exercice du droit de suite.

CHAPITRE I ^{er} . — Conditions concernant le créancier	9
CHAPITRE II. — Conditions concernant la créance.....	33
CHAPITRE III. — Conditions concernant l'acte	36
CHAPITRE IV. — Conditions concernant le tiers détenteur...	42

DEUXIÈME PARTIE

Mode d'exercice du droit de suite.

CHAPITRE I ^{er} . — Le commandement.....	54
CHAPITRE II. — La sommation.....	62

TROISIÈME PARTIE

Moyens de défense du tiers détenteur.

CHAPITRE I ^{er} . — L'exception de garantie	84
CHAPITRE II. — L'exception de discussion	86
CHAPITRE III. — L'exception à raison d'impenses ou droit de rétention	103

QUATRIÈME PARTIE

Droits du créancier en présence de chacune des solutions choisies par le tiers détenteur.

CHAPITRE I ^{er} . — Hypothèse du paiement.....	113
---	-----

	Pages
CHAPITRE II. — Hypothèse du délaissement	120
CHAPITRE III. — Hypothèse de la purge	129
CHAPITRE IV. — Hypothèse de la saisie	160
CONCLUSION... ..	184



